



Draagmoederschap en het Nederlandse afstammingsrecht

Een onderzoek naar de mogelijkheden om in het Nederlandse
afstammingsrecht te voorzien in een regeling voor draagmoederschap,
bezien in het licht van de aanbevelingen van de Staatscommissie
Herijking ouderschap.

Naam: M.E. Verhulst-Langer
Studentnummer: 851358172
Begeleidster: mr. S.H.S.C. Daenen
Examinator: prof. mr. J.G.J. Rinkes
Aantal woorden: 11.433
Inleverdatum: 14 mei 2017

| | |
|--|-----------|
| 1. Inleiding | 3 |
| 2. De huidige weg van wensouderschap naar juridisch ouderschap | 6 |
| 2.1 Draagmoederschap | 6 |
| 2.1.1 Hoog- en laag-technologisch draagmoederschap | 6 |
| 2.1.2 Het juridisch ouderschap na de geboorte | 7 |
| 2.1.3 Het gezag over de pasgeborene | 8 |
| 2.2 De wensvader | 8 |
| 2.2.1 Gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap | 9 |
| 2.2.2 Erkenning | 9 |
| 2.2.3 Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap | 10 |
| 2.2.4 Het gezag | 10 |
| 2.3 De wensmoeder | 10 |
| 2.3.1 Adoptie | 11 |
| 2.3.2 Het gezag | 12 |
| 2.4 Tussenconclusie | 12 |
| 3. Overige relevante uitgangspunten ten aanzien van het draagmoederschap in Nederland | 13 |
| 3.1 De draagmoederschapsovereenkomst | 13 |
| 3.2 Het recht op afstammingsinformatie | 15 |
| 3.3 De geboorteakte | 16 |
| 3.3.1 Het opmaken van de geboorteakte | 16 |
| 3.3.2 De afstammingsrelatie | 17 |
| 3.4 Overige strafrechtelijke verboden | 17 |
| 3.5 Het draagouderschap versus het wensouderschap | 18 |
| 3.6 Tussenconclusie | 18 |
| 4. Relevante internationale invloeden | 20 |
| 4.1 Inleiding | 20 |
| 4.2 Artikel 8 EVRM | 21 |
| 4.3 Het IVRK | 24 |
| 4.3.1 Artikel 3 IVRK | 24 |
| 4.3.2 Artikel 7 IVRK | 25 |
| 4.3.3 Artikel 8 IVRK | 26 |
| 4.3.4 Artikel 9 IVRK | 26 |
| 4.3.5 Artikel 21 IVRK | 27 |

| | |
|--|-----------|
| 4.3.6 Het Comité voor de Rechten van het Kind | 27 |
| 4.4 Tussenconclusie | 27 |
| 5. Een kritische beschouwing van de afstammingsrechtelijke aanbevelingen van de Staatscommissie | 29 |
| 5.1 Inleiding | 29 |
| 5.2 Begrijpelijke aanbevelingen | 29 |
| 5.3 Kernaanbevelingen | 30 |
| 5.3.1 De draagmoederschapsovereenkomst | 30 |
| 5.3.2 Akten van aanvaarding | 31 |
| 5.3.3 Waarborging ontstaansgeschiedenis | 32 |
| 5.3.4 Het genetisch ouderschap | 32 |
| 5.3.5 Gewijzigde intenties | 33 |
| 5.4 Aanverwante aanbevelingen | 34 |
| 5.5 Tussenconclusie | 34 |
| 6. Alternatieve aanbevelingen | 36 |
| 6.1 Inleiding | 36 |
| 6.2 Enkele grondslagen voor de aanbevelingen | 36 |
| 6.3 Het ouderschap na HTD | 38 |
| 6.4 Het ouderschap na LTD | 39 |
| 6.5 Ouderschap na draagmoederschap in het buitenland | 40 |
| 6.6 Tussenconclusie | 40 |
| 7. Conclusies | 42 |
| 7.1 Enkele consequenties van het huidige recht | 42 |
| 7.2 De aanbevelingen van de Staatscommissie | 43 |
| 7.3 De alternatieve aanbevelingen | 45 |
| 7.4 De eindconclusie | 46 |
| Geraadpleegde literatuur, jurisprudentie en bronnen | 47 |
| Begrippen | 54 |
| Afkortingen | 57 |

1. Inleiding

Tijden veranderen, maar kinderwensen zullen altijd bestaan. Dit betreft een vaak zeer intrinsiek verlangen naar een, veelal genetisch, eigen kind. Het is echter niet altijd mogelijk om (binnen een relatie) op natuurlijke wijze een kind te krijgen. Daaraan kan een medische oorzaak ten grondslag liggen, maar ook relatievormen zijn in de loop der tijd veranderd en meer geaccepteerd¹ en voor partners van gelijk geslacht is het krijgen van een gezamenlijk genetisch eigen kind uitgesloten. Het krijgen van een kind is in de loop der tijd steeds meer een bewuste keuze geworden² en als het verlangen naar een genetisch eigen kind (van één of beide partners) zeer groot is, dan kan een draagmoeder uitkomst bieden.

De Nederlandse regering heeft jarenlang een ontmoedigingsbeleid gevoerd ten aanzien van het draagmoederschap. Het werd bestempeld als onwenselijk³ en er werd afgezien van het invoeren van familierechtelijke bepalingen ter zake, omdat dit een aanvaarding van het fenomeen draagmoederschap zou betekenen of zelfs een stimulans zou kunnen zijn tot ‘gebruikmaking’ van een draagmoeder.⁴ Het ontbreken van een draagmoederschapsregeling in Nederland, hoewel daarvoor in de literatuur al langere tijd wordt gepleit,⁵ kan met zich meebrengen dat wensouders een draagmoeder zoeken in het buitenland⁶, dat instanties waarschijnlijk niet bekend zijn met alle gevallen van draagmoederschap⁷ en dat het voor wensouders juridisch zeer complex is om de beoogde status van juridisch ouder te realiseren.⁸ Deze gevolgen werden door de wetgever op de koop toegenomen. Veel verder dan een voorstel om buitenlands draagmoederschap te accepteren, indien minimaal één wensouder ook genetisch ouder is van het kind,⁹ is het nooit gekomen.

Tot een verbod op draagmoederschap heeft de wetgever niet over willen gaan, omdat handhaving daarvan niet haalbaar werd geacht.¹⁰ De wetgever is wel gericht

¹ Forder & Verbeke 2005, p. 12.

² Forder & Verbeke 2005, p. 95.

³ *Kamerstukken II* 1991-92, 21968, 5, p. 3.

⁴ *Kamerstukken II* 1991-92, 21968, 5, p. 7.

⁵ Onder andere Sutorius & Kersten, 1997, p. 1120 en Schoots, Van Arkel & Dermout 2004, § 6 en 7.

⁶ Brief van de Staatsecretaris van 4 december 2013, 455210, p. 2.

⁷ Brief van de Staatsecretaris van 4 december 2013, 455210, p. 3.

⁸ *Kamerstukken II* 1996-97, 25000 XVI, 54, p. 7.

⁹ *Kamerstukken II* 2011-12, 33000 VI, 69, p. 4.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1990-91, 21968, 3, p. 2.

geweest op het voorkomen van commercieel draagmoederschap, de illegale opnemings van kinderen¹¹ en bemiddeling tussen draagmoeders en wensouders.¹² Ter zake zijn strafrechtelijke bepalingen ingevoerd, waarbij ook de openbaarmaking van de wens om draagmoeder te zijn of van de zoektocht naar een draagmoeder door wensouders strafbaar is gesteld.

De medische wetenschap staat ondertussen niet stil en het is inmiddels, onder omstandigheden, mogelijk om wensouders, via een draagmoeder, een genetisch eigen kind te laten krijgen. Verder vergemakkelijkt de opkomst van het internet de zoektocht van de wensouders naar een draagmoeder buiten onze landsgrenzen, waarbij wordt opgemerkt dat (commercieel) draagmoederschap in een aantal landen wel is toegestaan.¹³

Deze ontwikkelingen hebben mede geleid tot de instelling van de Staatscommissie Herijking ouderschap in 2014.¹⁴ Deze Staatscommissie is onder meer verzocht de regering te adviseren over de wenselijkheid van een wettelijke regeling ten aanzien van het draagmoederschap. In december 2016 heeft de Staatscommissie een onderzoeksrapport uitgebracht, waarin ter zake achttien aanbevelingen worden gedaan.¹⁵

Deze aanbevelingen hebben geleid tot de volgende onderzoeksvraag:

Zijn de aanbevelingen van de Staatscommissie Herijking ouderschap ten aanzien van het afstammingsrecht inzake het draagmoederschap in overeenstemming met de Nederlandse uitgangspunten van het afstammingsrecht, het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) en kan ter zake, indien dit niet (geheel) het geval is, een alternatieve aanbeveling ten aanzien van dat afstammingsrecht worden geformuleerd die wel passend is binnen voornoemde rechtskaders?

¹¹ *Kamerstukken II* 2009-10, 32123 XVI, 30, p. 2.

¹² *Kamerstukken II* 1987-88, 20706, 2, p. 36.

¹³ Waaronder Californië en Oekraïne, zoals blijkt uit onder andere Boele-Woelki e.a. 2011, deel III.

¹⁴ Regeling van 28 april 2014, *Stcrt.* 2014, 12556.

¹⁵ Staatscommissie Herijking ouderschap 2016.

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag zal eerst worden onderzocht welke mogelijkheden het Nederlandse afstammingsrecht thans biedt aan de wensouders en de draagmoeder om de door hen beoogde (juridische) situatie van het kind te realiseren, zodat het belang van een draagmoederschapsregeling kan worden vastgesteld. Vervolgens zal worden gezien welke overige (wettelijke) uitgangspunten in Nederland te gelden hebben, die van invloed zijn op een in te voeren wettelijke regeling van draagmoederschap. Daarna zullen de relevante bepalingen uit het EVRM en het IVRK, alsmede de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aan de orde worden gesteld. Vanuit het beschreven nationale en internationale rechtskader zullen vervolgens de afstammingsrechtelijke aanbevelingen van de Staatscommissie kritisch worden beschouwd. Uitgaande van de belangen van het kind, zoals ook de Staatscommissie steeds heeft beoogd, zal dan worden getracht een passende (aanvullende) aanbeveling ten aanzien van de afstammingsrechtelijke regeling aangaande het draagmoederschap te formuleren. Geëindigd zal worden met conclusies.

2. De huidige weg van wensouderschap naar juridisch ouderschap

2.1 Draagmoederschap

Een definitie van het begrip draagmoeder is te vinden in het Wetboek van Strafrecht (Sr).¹⁶ Het betreft *‘de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen’*.

2.1.1 Hoog- en laag-technologisch draagmoederschap

Twee vormen van draagmoederschap kunnen worden onderscheiden. De eerste variant betreft het hoog-technologisch draagmoederschap (HTD). Daarbij wordt middels in vitro fertilisatie (IVF) een embryo tot stand gebracht, dat vervolgens wordt geplaatst in de baarmoeder van de draagmoeder.¹⁷ In 1999 heeft de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie (NVOG) een Richtlijn uitgebracht waarin uitgangspunten en indicaties voor deze vorm van draagmoederschap zijn vastgelegd. Daarin wordt als uitgangspunt gehanteerd dat HTD slechts wordt toegestaan met gameten van de wensouders¹⁸, waardoor zij altijd de genetisch ouders van het kind zijn. Inmiddels heeft de NVOG dit uitgangspunt verruimd en wordt ook HTD met gedoneerde gameten bespreekbaar geacht¹⁹, hetgeen door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport wordt ondersteund.²⁰ Hierdoor kunnen bijvoorbeeld wensouders die niet in staat zijn eicellen te produceren voor HTD in aanmerking komen. Alvorens zulks kan geschieden, dienen toepasselijke wetgeving en protocollen te worden aangepast. Dat betekent vooralsnog dat een kind, geboren na HTD, genetisch verwant is aan beide wensouders. Bij HTD is altijd medische assistentie vereist en deze wordt in Nederland enkel verleend in het Amsterdamse VUmc. Aldaar worden jaarlijks gemiddeld twintig verzoeken ingediend, waarvan slechts de helft in behandeling wordt genomen.²¹

¹⁶ Artikel 151b, derde lid, Sr.

¹⁷ Richtlijn NVOG 1999, p. 1.

¹⁸ Richtlijn NVOG 1999, p. 4.

¹⁹ Standpunt NVOG 2016.

²⁰ Brief van de Minister van 4 november 2016, 1033060-157272-PG, p. 3.

²¹ Van Houwelingen, Wildenborg & Van der Mee 2017.

De tweede variant betreft het laag-technologisch draagmoederschap (LTD). Daarbij worden zaadcellen van de wensvader ingebracht bij de draagmoeder.²² De draagmoeder is in dit geval altijd de genetische moeder van het kind. Medische assistentie is niet vereist, waardoor betrouwbare cijfers over deze methode niet voorhanden zijn.

2.1.2 Het juridisch ouderschap na de geboorte

De moeder van het kind is de vrouw uit wie het is geboren (*mater semper certa est*).²³ Dit beginsel wordt van openbare orde geacht en betreft een fundamentele regel van familierecht.²⁴ De draagmoeder wordt dus van rechtswege de moeder van het kind²⁵, ook indien zij niet de genetisch ouder is.²⁶ Dit moederschap kan niet worden ontkend.²⁷

Indien het kind wordt geboren binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van de draagmoeder, dan is haar partner de juridische vader van het kind.²⁸ Ten aanzien van hem geldt aldus een wettelijk vermoeden van vaderschap.²⁹ Een kind beschikt over maximaal twee juridische ouders.³⁰

De in Boek 1 BW vastgelegde regels omtrent ouderschap betreffen dwingend recht.³¹ Het juridische ouderschap van de draagouder(s) maakt het niet onmogelijk dat de wensouders de pasgeborene in hun gezin opnemen. Hiervoor is voorafgaande schriftelijke toestemming vereist van de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK), indien het kind nog geen zes maanden oud is.³² De werkwijze voorafgaand aan deze toestemming is vastgelegd in een protocol en behelst onder meer een onderzoek naar de draagouder(s), de wensouders en de wijze van totstandkoming van de zwangerschap.³³ Binnen de rechtspraak wordt aan toepassing van dit protocol waarde gehecht.³⁴ Het ontbreken van deze voorafgaande toestemming levert een strafbaar feit op.³⁵

²² Richtlijn NVOG 1999, p.1.

²³ Artikel 1:198, eerste lid onder a, van het Burgerlijk Wetboek (BW).

²⁴ Onder andere Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197.

²⁵ Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 201.

²⁶ Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2016, p. 71.

²⁷ De huidige artikelen 1:200 en 202a BW staan ontkenning van biologisch ouderschap niet toe.

²⁸ Artikel 1:199, onder a, BW.

²⁹ Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 215.

³⁰ Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2015, p. 192.

³¹ Asser-De Boer 2010, p. 584.

³² Artikel 1:241, derde lid, BW.

³³ Raad voor de Kinderbescherming 2013, § 2.3.

³⁴ Hof 's-Gravenhage 10 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL8563.

³⁵ Artikel 442a Sr.

2.1.3 Het gezag over de pasgeborene

Minderjarigen staan onder gezag.³⁶ Gezagdragers dragen zorg voor de opvoeding en verzorging van het kind, het beheer van diens (eventuele) vermogen en zij verrichten (juridische) handelingen namens het kind.³⁷ Onderscheid wordt gemaakt tussen het ouderlijk gezag en voogdij. Dit laatste houdt in dat het gezag wordt uitgeoefend door een ander dan de ouder(s). In beginsel ontstaat het gezag van de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot of geregistreerd partner van rechtswege bij de geboorte³⁸ en daarmee is of zijn zij de gezagdrager(s) van het kind.

Het gezag van de draagouder(s) kan worden beëindigd³⁹ en de wensouders⁴⁰ kunnen, dan wel een derde⁴¹ kan met de voogdij over het kind worden belast. Ook is het alsdan mogelijk de wensvader met het gezag over het kind te belasten, indien hij reeds juridisch vader is van het kind.⁴² Daarover later meer.

2.2 De wensvader

Welke mogelijkheden de wensvader heeft om juridisch vader te worden van het kind, is afhankelijk van de vraag of het kind al een juridische vader heeft. Zoals reeds is weergegeven heeft een kind een juridische vader als het is geboren binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van de draagmoeder. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat in geval van een huwelijk of geregistreerd partnerschap tussen een draagmoeder en een vrouw, slechts de draagmoeder de juridische ouder is van het kind. Haar vrouwelijke partner wordt namelijk slechts van rechtswege ouder, indien de identiteit van de zaaddonor onbekend is.⁴³ In geval van draagmoederschap is hiervan geen sprake, omdat de gameten van de wensvader zullen zijn gebruikt.

Is geen sprake van een huwelijk of geregistreerd partnerschap, dan zal de draagmoeder na de geboorte de enige juridische ouder van het kind zijn. Uitzondering daarop vormt de erkenning van het kind door een andere man of vrouw, maar die problematiek gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten en blijft buiten bespreking. De mogelijkheid van adoptie zal worden besproken onder § 2.3.1.

³⁶ Artikel 1:245 BW.

³⁷ Artikel 1:245, vierde lid, BW.

³⁸ Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 368.

³⁹ Artikel 1:266, eerste lid, BW.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 21 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9514.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0238.

⁴² Onder andere Hof 's-Gravenhage 1 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO7387 en Rb. Haarlem 6 november 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:5285.

⁴³ Artikel 1:198, eerste lid, aanhef en onder b, BW.

2.2.1 Gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap

Het door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane vaderschap kan door de vader, de moeder of het kind worden ontkend op de grond dat de vader niet de biologische vader is van het kind.⁴⁴ Voor de vader en de moeder wordt hierop uitgezonderd de situatie waarin de vader heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg heeft gehad.⁴⁵ Doorgaans zal de vader bekend zijn met het voornemen van zijn vrouw om als draagmoeder te fungeren. Een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap door de draagmoeder of de vader zal dan ook niet-ontvankelijk worden verklaard.⁴⁶

Voor het kind geldt deze restrictie niet. Een bijzondere curator, benoemd op grond van artikel 1:212 BW, kan namens het kind een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap indienen. Aan toewijzing van dit verzoek kan een verwantschapsonderzoek vooraf gaan⁴⁷, maar dat hoeft niet, indien blijkt dat de vader niet de biologische vader van het kind kan zijn.⁴⁸ Nadat een toewijzende beslissing kracht van gewijsde heeft verkregen, wordt het vaderschap geacht nimmer te hebben bestaan⁴⁹ en is alleen de draagmoeder nog juridisch ouder.

2.2.2 Erkenning

Het juridische vaderschap van de wensvader kan middels erkenning voor de ambtenaar van de burgerlijke stand (ABS) of notaris buitengerechtelijk tot stand komen.⁵⁰ De draagmoeder zal hiervoor toestemming moeten verlenen, maar deze kan zo nodig worden vervangen door gerechtelijke toestemming.⁵¹ Laatstgenoemde optie biedt mogelijkheden, indien de draagmoeder terugkomt op haar eerdere intenties.

Erkenning heeft, in tegenstelling tot de hierna te noemen gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, pas gevolg vanaf het moment van erkenning.⁵² Dit verschil wordt verklaard doordat bij een erkenning het verwekkerschap niet is vereist.⁵³

⁴⁴ Artikel 1:200, eerste lid, BW.

⁴⁵ Artikel 1:200, derde lid, BW.

⁴⁶ Vlaardingierbroek e.a. 2014, p. 201.

⁴⁷ Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1309.

⁴⁸ Rb. Amsterdam 13 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2762.

⁴⁹ Artikel 1:202, eerste lid, BW.

⁵⁰ Artikel 1:203, eerste lid, BW.

⁵¹ Artikel 1:204, vierde lid, BW.

⁵² Artikel 1:203, tweede lid, BW.

⁵³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, 3, p. 18-19.

2.2.3 Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap

Indien het kind slechts over één juridische ouder beschikt, kan het vaderschap van de wensvader op verzoek van de moeder of het kind gerechtelijk worden vastgesteld, indien hij de verwekker is van het kind.⁵⁴ De wensvader is uitgezonderd van de kring van verzoekers. Toewijzing van dit verzoek heeft terugwerkende kracht vanaf de geboorte van het kind.⁵⁵

De wetgever maakt onderscheid tussen een verwekker, zijnde de man die een kind op natuurlijke wijze heeft verwekt, en een biologische vader, zoals een donor.⁵⁶ Formeel staat dit onderscheid toewijzing van het verzoek in de weg, omdat het verwekkerschap wordt vereist, terwijl de wensvader het kind doorgaans niet op natuurlijke wijze heeft verwekt. In de rechtspraak wordt met dit vereiste evenwel soepel omgegaan, onder verwijzing naar artikel 8 EVRM.⁵⁷ Daarbij wordt opgemerkt dat het EHRM het onderscheid tussen verwekker en biologisch vader niet maakt.

2.2.4 Het gezag

Na de totstandkoming van het juridische vaderschap is de wensvader bevoegd tot het uitoefenen van het gezag.⁵⁸ Een eventuele voogdijmaatregel kan dan ook worden beëindigd, waarbij het gezag aan de wensvader wordt toegekend.⁵⁹

Indien de draagmoeder nog met het gezag is belast en de wensvader de status van juridisch ouder heeft verkregen, dan kunnen zij het gezamenlijk gezag laten registreren in het gezagsregister.⁶⁰ Voorts kan hij een verzoek tot gezamenlijk dan wel eenhoofdig gezag indienen.⁶¹

2.3 De wensmoeder

De positie van de wensmoeder, overigens evenals van een mannelijke partner van de wensvader, om de status van juridisch ouder te verkrijgen is complexer. Eerder is al

⁵⁴ Artikel 1:207, eerste lid, BW.

⁵⁵ Artikel, 1:207, vijfde lid, BW.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, 3, p. 8.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1309.

⁵⁸ Artikel 1:245, derde lid, BW.

⁵⁹ Rb. Haarlem 6 november 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:5258.

⁶⁰ Artikel 1:252, eerste lid, BW.

⁶¹ Artikel 1:253c, eerste lid, BW.

vastgesteld dat het juridisch moederschap van de draagmoeder vaststaat en dat van een ontkenning daarvan geen sprake kan zijn.

2.3.1 Adoptie

Slechts middels adoptie kan de wensmoeder ook juridisch moeder van het kind worden.⁶² Een adoptie heeft tot gevolg dat een familierechtelijke betrekking tussen het kind en de wensmoeder tot stand komt,⁶³ terwijl die tussen het kind en de geboortemoeder ophoudt te bestaan.⁶⁴ Deze vergaande en definitieve gevolgen vereisen een gerechtelijke beslissing.⁶⁵

Aanvankelijk betrof adoptie een kindbeschermingsmaatregel, maar dit uitgangspunt is niet langer vanzelfsprekend.⁶⁶ Uit een recent standpunt van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie kan worden opgemaakt dat adoptie thans (mede) wordt beschouwd als één van de mogelijkheden om in een kinderwens te voorzien.⁶⁷ Dat neemt niet weg dat de kindbeschermingsgedachte nog altijd is verankerd in de Nederlandse adoptiewetgeving.⁶⁸ Zo moet de adoptie in het kennelijk belang van het kind zijn⁶⁹ en moet op het tijdstip van de adoptie vaststaan en voor de toekomst redelijkerwijs te voorzien zijn dat het kind niets meer van de ouder(s) in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft.⁷⁰ Overigens wordt opgemerkt dat in de literatuur wel wordt gesteld dat de intentie van de draagmoeder voorafgaand aan de zwangerschap, namelijk een kind krijgen ten behoeve van wensouders, zich onderscheidt van de ‘oorspronkelijke’ adoptiegevallen, waarbij het besluit om afstand te doen van het kind pas tijdens of na de zwangerschap wordt genomen.⁷¹

Een andere voorwaarde voor adoptie is dat de adoptant het kind reeds gedurende een jaar heeft verzorgd of opgevoed.⁷² Daarmee heeft de wensmoeder formeel een veel langere periode te overbruggen totdat haar juridische ouderschap is gerealiseerd dan de wensvader. Indien de relatie tussen hen tussentijds wordt beëindigd, dan bestaat zelfs

⁶² Boele-Woelki e.a. 2011, p. 65.

⁶³ Artikel 1:229, eerste lid, BW.

⁶⁴ Artikel 1:229, tweede lid, BW.

⁶⁵ Artikel 1:227, eerste lid, BW en Boele-Woelki e.a. 2011, p. 69.

⁶⁶ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 188.

⁶⁷ Brief van de Staatssecretaris van 31 januari 2017, p. 4.

⁶⁸ Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2015, p. 215.

⁶⁹ Artikel 1:227, derde lid, BW.

⁷⁰ Artikel 1:227, derde lid, BW.

⁷¹ Onder andere Saarloos & Van Berkel 2008, *NIPR* 2008/2, p. 121.

⁷² Artikel 1:228, eerste lid onder f, BW.

het risico dat zij nimmer de juridische moeder wordt, omdat een ouder het verzoek tot adoptie in beginsel niet mag tegenspreken.⁷³ In de rechtspraak wordt soepel met voornoemde verzorgingstermijn omgegaan, nu deze, in geval van draagmoederschap, in strijd wordt geacht met de artikelen 8 en 14 EVRM.⁷⁴

Opgemerkt wordt dat de adoptieprocedure niet slechts betrekking hoeft te hebben op de wensmoeder. Wensouders kunnen immers ook gezamenlijk een verzoek tot adoptie indienen.⁷⁵

2.3.2 Het gezag

Nadat de adoptiebeslissing kracht van gewijsde heeft verkregen, is ook de wensmoeder bevoegd tot het gezag⁷⁶ en zijn de wensouders gezamenlijk met het gezag over het kind belast.⁷⁷ De wensvader kan als juridische vader dat gezag al eerder hebben verkregen, dan wel bij de adoptiebeslissing met het gezag belast worden.⁷⁸ Ook ten aanzien van het gezag heeft de wensmoeder doorgaans een langere weg te gaan dan de wensvader.

2.4 Tussenconclusie

Een draagmoederschapsregeling ontbreekt in het Nederlandse afstammings- en gezagsrecht en daardoor zijn de draagmoeder en de wensouders aangewezen op de algemene familierechtelijke bepalingen ter zake. Dat betekent dat er vaak vele gerechtelijke procedures moeten worden gevoerd, die veel tijd vergen, kostbaar zijn en de rechtelijke macht belasten. Dit lijkt nodeloos complex en belastend, in geval van gelijkblijvende intenties van draagmoeder en wensouders na de geboorte van het kind, met name in geval van HTD, waarbij de wensouders (vooralsnog) altijd de genetische ouders van het kind zijn. Daar komt bij dat de wensvader doorgaans sneller en ook eenvoudiger de status van gezagdragend ouder kan bereiken dan de wensmoeder.

⁷³ Artikel 1:228, eerste lid onder d, BW.

⁷⁴ In geval van HTD onder andere Rb. Noord-Nederland 11 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5503 en Rb. Noord-Holland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5871 en in geval van LTD Rb. Rotterdam 15 september 2016, C/10/502865 FA RK 16-4496 (niet gepubliceerd).

⁷⁵ Zie bijvoorbeeld rb. Arnhem 19 mei 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI5039.

⁷⁶ Artikel 1:245, derde lid, BW.

⁷⁷ In geval van een huwelijk op grond van artikel 1:251, eerste lid, BW, in geval van een geregistreerd partnerschap op grond van artikel 1:253aa, eerste lid, BW en indien geen sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap op grond van artikel 1:229, vierde lid, BW.

⁷⁸ Onder andere Hof 's-Gravenhage 1 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO7387.

3. Overige relevante uitgangspunten ten aanzien van het draagmoederschap in Nederland

3.1 De draagmoederschapsovereenkomst

Indien de wensouders en de beoogde draagmoeder gezamenlijk een draagmoedertraject ingaan, dan zullen veelal afspraken tussen hen worden gemaakt, die worden vastgelegd in een draagmoederschapsovereenkomst. In geval van HTD zal zo'n overeenkomst altijd tot stand komen, nu de NVOG dit voorschrijft.⁷⁹ Daarin kunnen onder meer afspraken worden vastgelegd over het maximaal aantal IVF-pogingen⁸⁰, de geneeskundige begeleiding gedurende de zwangerschap⁸¹ of de onkostenvergoeding.⁸²

Een overeenkomst is een *'meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan'*.⁸³ Op grond van partijautonomie geldt als uitgangspunt bij een overeenkomst contractsvrijheid.⁸⁴ Een draagmoederschapsovereenkomst is in beginsel niet strafbaar.⁸⁵ Hoewel contractspartijen dus in beginsel zelf bepalen welke afspraken in de overeenkomst worden vastgelegd⁸⁶, kent dit zelfbeschikkingsrecht wel beperkingen, nu overeenkomsten niet in strijd mogen zijn met de goede zeden, de openbare orde⁸⁷ of een dwingende wetsbepaling.⁸⁸

Dit betekent bijvoorbeeld dat er weliswaar afspraken kunnen zijn gemaakt over de bevruchting van de draagmoeder, maar dat haar zelfbeschikkingsrecht aan een gedwongen bevruchting in de weg staat.⁸⁹ De dwingendrechtelijke bepalingen van Boek 1 BW leiden er voorts toe dat afspraken over afstamming en gezag na de geboorte van het kind geen rechtsgevolg hebben.⁹⁰ Daarnaast zijn afspraken over het doen van

⁷⁹ Richtlijn NVOG 1999, p. 4 en Standpunt NVOG 2016, p. 43 en p. 49-50.

⁸⁰ Richtlijn NVOG 1999, p. 4.

⁸¹ Vlaardingerbroek 2003, p. 175.

⁸² Van Vlijmen & Van der Tol 2012, §2.4.

⁸³ Artikel 6:213, eerste lid, BW.

⁸⁴ Hijma e.a. 2010, p. 14.

⁸⁵ Schoots, Van Arkel & Dermout 2004, § 2.

⁸⁶ Van Vlijmen en Van der Tol 2012, § 2.4.

⁸⁷ Artikel 3:40, eerste lid, BW.

⁸⁸ Artikel 3:40, tweede lid, BW.

⁸⁹ Schoots, Van Arkel & Dermout 2004, § 2.

⁹⁰ Boele-Woelki e.a. 2011, p. 59.

afstand van het kind door de draagmoeder ten gunste van de wensouders dan wel de opneming van het kind in het gezin van de wensouders (rechtens) niet afdwingbaar.⁹¹

In de literatuur is wel betoogd dat een draagmoeder een schadevergoeding kan vorderen van de wensouders, indien zij besluiten het kind niet in hun gezin op te nemen. De draagmoeder ziet zich dan immers, indien zij besluit het kind in haar gezin te laten opgroeien, gesteld voor forse en niet voorziene kosten van verzorging en opvoeding van het kind.⁹² Bij beslissing van de rechtbank Haarlem van 19 december 2012 is hierover evenwel anders geoordeeld.⁹³ In deze beschikking worden afspraken omtrent de overdracht van het kind, het gezag en de onderhoudsverplichtingen in strijd geacht met de dwingendrechtelijke bepalingen van Boek 1 BW.⁹⁴ Nu deze wettelijke bepalingen beogen de belangen van kinderen te beschermen en te waarborgen en de afspraken tussen partijen over het ouderschap tegen deze bepalingen ingaan, worden deze eveneens in strijd geacht met de openbare orde.⁹⁵ De rechtbank is aldus van oordeel dat de wensouders terecht een beroep doen op de nietigheid van de overeenkomst. De plicht tot opneming van het kind in het gezin van wensouders wordt daarmee onafdwingbaar geacht en daarmee is een recht op schadevergoeding niet goed te verenigen.⁹⁶ De schadevergoedingsvordering is daarom afgewezen.⁹⁷

De vraag dient zich dan aan of een draagmoederschapsovereenkomst wel enige betekenis heeft. Het antwoord daarop luidt bevestigend. Immers kunnen daaruit de oorspronkelijke intenties van partijen worden afgeleid en dit kan helpend zijn in geval van geschillen.⁹⁸ Daarbij wordt opgemerkt dat dergelijke geschillen niet altijd door een rechter behoeven te worden beslecht. Partijen kunnen zich bijvoorbeeld ook tot een mediator wenden. De intenties kunnen voorts een rol spelen in het raadsonderzoek dat op grond van artikel 1:241, derde lid, BW plaatsvindt.

Vermeldenswaardig in dit kader is, in navolging van het vorige hoofdstuk, de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 14 september 2009.⁹⁹ Daarin is geoordeeld dat de in de draagmoederschapsovereenkomst vastgelegde toestemming van

⁹¹ Boele-Woelki e.a. 2011, p. 60.

⁹² Schoots, Van Arkel & Dermout 2004, § 2.

⁹³ Rb. Haarlem 19 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BZ6541.

⁹⁴ Rb. Haarlem 19 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BZ6541, r.o. 4.3.

⁹⁵ Rb. Haarlem 19 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BZ6541, r.o. 4.4.

⁹⁶ Rb. Haarlem 19 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BZ6541, r.o. 4.5.

⁹⁷ Rb. Haarlem 19 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BZ6541, r.o. 4.7.

⁹⁸ Boele-Woelki e.a. 2011, p. 61.

⁹⁹ Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197.

de draagmoeder aan de wensvader om het kind te erkennen niet kan worden beschouwd als de in artikel 1:204, eerste lid aanhef en onder c, BW bedoelde schriftelijke toestemming tot erkenning, omdat op het moment van ondertekening van de draagmoederschapsovereenkomst nog geen sprake was van een zwangerschap en daarmee dus niet van een ongeboren vrucht.¹⁰⁰

3.2 Het recht op afstammingsinformatie

Een draagmoederschapsregeling zal waarborgen moeten bevatten ten aanzien van het recht van een kind op informatie omtrent zijn ontstaansgeschiedenis. Dat recht wordt breed gedragen in de literatuur.¹⁰¹ Enerzijds behelst dit het recht op statusvoorlichting, hetgeen in het kader van het draagmoederschap inhoudt het recht om te weten dat het kind is geboren uit een draagmoeder.¹⁰² Anderzijds bestaat er recht op feitelijke afstammingsinformatie, inhoudende informatie over wie de genetische ouders van het kind zijn,¹⁰³ waarbij ook wel wordt betoogd dat het kind de gelegenheid moet worden geboden met hen een feitelijke familieband op het bouwen.¹⁰⁴

Het recht op afstammingsinformatie is evenwel, zo oordeelde de Hoge Raad in de Valkenhorstzaken, *‘niet absoluut, maar moet wijken voor de rechten en vrijheden van anderen wanneer deze in het gegeven geval zwaarder wegen’*.¹⁰⁵ In casu vond een belangenafweging plaats tussen voornoemd recht van het kind en het recht van de moeder om die informatie verborgen te houden. Het (vitale) belang van het kind dient daarbij te prevaleren, waarbij wordt overwogen dat de moeder in beginsel mede verantwoordelijk kan worden gesteld voor het bestaan van het kind.¹⁰⁶

Hoewel ouders geen wettelijke plicht hebben om hun kind informatie te verschaffen omtrent de ontstaansgeschiedenis¹⁰⁷, hetgeen in het kader van een adoptie onbegrijpelijk wordt geacht¹⁰⁸, wordt dit wel van hen verwacht. Zij bepalen, in beginsel, het daarvoor geschikte moment.¹⁰⁹ Deze keuzevrijheid van de gezagdrager(s) kan evenwel in het belang van het kind, onder omstandigheden, worden beperkt door een rechterlijk

¹⁰⁰ Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197.

¹⁰¹ Onder andere Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 199 en Boele-Woelki e.a. 2011, p. 53.

¹⁰² Boele-Woelki e.a. 2011, p. 53.

¹⁰³ Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 277.

¹⁰⁴ Chébtí 2017, § 3.

¹⁰⁵ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, r.o. 3.3.

¹⁰⁶ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, r.o. 3.4.3.

¹⁰⁷ Boele-Woelki e.a. 2011, p. 53.

¹⁰⁸ Quik-Schuijt 2011.

¹⁰⁹ HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, r.o. 5.1.4.

oordeel over het moment waarop afstammingsinformatie aan het kind wordt verstrekt.¹¹⁰ Dit uitgangspunt is in de literatuur omarmd.¹¹¹

3.3 De geboorteakte

3.3.1 Het opmaken van de geboorteakte

Van een geboorte in Nederland maakt de ABS een akte van geboorte op¹¹², welke akte bewijskracht heeft ten aanzien van de datum, plaats en tijd van geboorte van het kind uit de daarin genoemde moeder.¹¹³ De moeder is bevoegd tot de aangifte van geboorte¹¹⁴ en de vader of de duomoeder uit wie het kind niet is geboren is daartoe verplicht.¹¹⁵ De ABS kan verzoeken om een verklaring van een arts of verloskundige die bij de geboorte aanwezig is geweest, waaruit blijkt dat het kind uit de genoemde moeder is geboren.¹¹⁶ Bij de minste twijfel over de geboorte behoort hierom te worden verzocht.¹¹⁷ Hoewel strafbaar¹¹⁸ maakt dit het aldus voor wensouders mogelijk om aangifte te doen van de geboorte van het kind als hun eigen kind.¹¹⁹ Immers zal de ABS veelal geen aanleiding hebben om te twijfelen aan de verklaring van de gelukkige jonge vader en zolang de draagmoeder berust in haar besluit om afstand van het kind te doen, zal deze ‘onjuiste’ geboorteaangifte niet snel uitkomen¹²⁰ en strafrechtelijke vervolging zal dus veelal niet geschieden.

Indien de juridische afstammingspositie van het kind wijzigt, dan voegt de ABS een latere vermelding toe aan de geboorteakte.¹²¹ Er is sprake van een limitatieve opsomming van latere vermeldingen.¹²² Hierdoor moet een kind dus kunnen achterhalen wat er ten aanzien van de oorspronkelijke afstamming is gewijzigd.

¹¹⁰ HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, r.o. 5.1.5 en 5.1.6.

¹¹¹ Nuytinck 2016, p. 455.

¹¹² Artikel 1:19a, eerste lid, BW.

¹¹³ Artikel 1:22, eerste lid, BW.

¹¹⁴ Artikel 1:19e, eerste lid, BW.

¹¹⁵ Artikel 1:19e, tweede lid, BW.

¹¹⁶ Artikel 1:19e, achtste lid, BW.

¹¹⁷ Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 94.

¹¹⁸ Op grond van artikel 236 Sr, betreffende verduistering van staat, dan wel op grond van artikel 225 Sr, inhoudende valsheid in geschrift.

¹¹⁹ Boele-Woelki e.a. 2011, p. 83-84.

¹²⁰ Boele-Woelki e.a. 2011, p. 85.

¹²¹ Artikel 1:20, eerste lid, BW.

¹²² Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2015, p. 32.

3.3.2 De afstammingsrelatie

Een geboorteakte moet een kind in staat stellen de afstamming van moederszijde te kennen.¹²³ Dit betreft een belangrijke waarborg voor het kind ten aanzien van het verkrijgen van informatie rondom de ontstaansgeschiedenis. Immers kan een wensmoeder slechts door adoptie juridisch ouder van het kind worden, welke rechterlijke beslissing als latere vermelding aan de geboorteakte wordt gehecht.¹²⁴ Ook indien de wensouders het kind statusvoorlichting onthouden, dan zal de ontstaansgeschiedenis blijken, indien het kind een afschrift van de geboorteakte onder ogen krijgt.

De erkenning van een buitenlandse geboorteakte in Nederland wordt beheerst door Nederlands recht.¹²⁵ Een in het buitenland opgemaakte geboorteakte kan in Nederland worden erkend, tenzij zich een weigeringsgrond voordoet. Hiervan is onder meer sprake als de erkenning onverenigbaar is met de openbare orde.¹²⁶ De vermelding op de geboorteakte van twee juridische vaders¹²⁷, dan wel enkel een juridische vader¹²⁸, dan wel de wensouders¹²⁹ wordt in strijd geacht met de openbare orde, omdat in die akten de afstamming van het kind wordt achtergehouden. Wel kan worden erkend de buitenlandse geboorteakte waarop de draagmoeder en de wensvader als juridische ouders staan vermeld.¹³⁰

Het voorgaande kan betekenen dat wensouders, hoewel zij in het buitenland de status van juridisch ouder hebben verkregen, naar Nederlands recht niet de juridische ouders van het kind zijn.¹³¹ De Minister van Veiligheid en Justitie acht het een verantwoordelijkheid van wensouders om zich daarover te laten informeren.¹³²

3.4 Overige strafrechtelijke verboden

In Nederland geldt een verbod op bedrijfsmatige bemiddeling bij draagmoederschap en het openbaar maken van de wens om als draagmoeder op te treden dan wel naar een

¹²³ Rb. 's-Gravenhage 23 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:24206.

¹²⁴ Boele-Woelki e.a. 2011, p. 54.

¹²⁵ Saarloos & Van Berkel 2008.

¹²⁶ Artikel 10:101 juncto 10:100 BW.

¹²⁷ Rb. 's-Gravenhage 23 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:24206.

¹²⁸ Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197.

¹²⁹ Onder andere Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3627 en Rb. Den Haag 18 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:417.

¹³⁰ Onder andere Rb. Den Haag 13 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12313.

¹³¹ Van Vlijmen & Van der Tol 2012, §1.

¹³² Brief Minister van 16 januari 2017, p. 2.

draagmoeder te zoeken.¹³³ Het gaat daarbij om iedere vorm van openbaarmaking¹³⁴, zoals het plaatsen van een oproep in een Nederlands tijdschrift¹³⁵ of op internet.¹³⁶

Voorts geldt in Nederland een verbod op commercieel draagmoederschap.¹³⁷ Daaraan liggen onder meer de risico's van kinderhandel en misbruik van draagmoeders ten grondslag.¹³⁸ Vanwege bewijstechnische problematiek¹³⁹ leidt dit evenwel zelden tot vervolging en daaromtrent is nauwelijks jurisprudentie voorhanden.¹⁴⁰

De mogelijkheden voor draagmoederschap in Nederland worden door deze bepalingen behoorlijk beperkt en grensoverschrijding ligt dan voor de hand, gelet op de elders bestaande ruimere mogelijkheden, zoals commercieel draagmoederschap. De NVOG uit daarover grote zorgen, met name ten aanzien van het welzijn van de draagmoeders en de (ontbrekende) zorg voor hen in buitenlandse klinieken.¹⁴¹

3.5 Het draagouderschap versus het wensouderschap

Vermeldenswaardig is hier nog de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 4 oktober 2010.¹⁴² Daarin is geoordeeld dat een kind, dat na de geboorte was opgenomen in het gezin van de wensouders en inmiddels achttien maanden oud was, diende terug te keren naar de draagouders, nu het kind er, in beginsel, recht op heeft te worden verzorgd en opgevoed door de moeder uit wie het is geboren en haar echtgenoot. Niet onwaarschijnlijk is overigens dat bij deze beslissing een rol heeft gespeeld dat de wensouders het kind bij de burgerlijke stand hebben aangegeven als eigen kind, hetgeen dus strafbaar is, en de draagouders nog met het gezag waren belast.¹⁴³

3.6 Tussenconclusie

Afspraken tussen de draagmoeder en de wensouders ten aanzien van de afgifte en opname van het kind in het gezin van wensouders en het afstammings- en gezagsrecht zijn niet rechtens afdwingbaar en in strijd met de openbare orde. Voorts heeft eenieder,

¹³³ Artikel 151b Sr.

¹³⁴ Van Vlijmen & Van der Tol 2012.

¹³⁵ *Kamerstukken II* 1991-92, 21968, 5, p. 6.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 2009-10, 32123 XVI, 30, p. 4.

¹³⁷ Artikel 151c Sr.

¹³⁸ *Kamerstukken II* 2009-10, 32123 XVI, 30, p. 2.

¹³⁹ Quik-Schuijt 2011.

¹⁴⁰ Boele-Woelki e.a. 2011, p. 44.

¹⁴¹ Standpunt NVOG 2016, p. 7.

¹⁴² Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AR3391.

¹⁴³ Bruning, Liefwaard & Vlaardingebroek 2016, p. 72.

in beginsel, recht op informatie omtrent de ontstaansgeschiedenis. Uit de geboorteakte moet in Nederland in ieder geval blijken uit wie het kind geboren is. Frauderen met geboorteakten lijkt echter relatief eenvoudig en daarmee wordt de lange weg die wensouders moeten afleggen totdat zij de status van juridische ouder hebben bereikt voorkomen. Indien de draagmoeder haar intenties handhaaft, lijkt het risico op ontdekking en strafrechtelijke vervolging klein. De strafrechtelijke beperkingen in Nederland dragen bij aan grensoverschrijdend draagmoederschap, nu er landen zijn waarin van die beperkingen geen sprake is. Dit brengt onder andere risico's met zich mee ten aanzien van kinderhandel en misbruik van draagmoeders in het buitenland, alsmede onzekerheid over de juridische positie van het kind.

4. Relevante internationale invloeden

4.1 Inleiding

Aan de Europese Unie (EU) zijn geen bevoegdheden toegekend met betrekking tot het familierecht¹⁴⁴ en dus ook niet ten aanzien van het draagmoederschap.¹⁴⁵ Dat biedt Nederland als EU-lidstaat ter zake dus enige beleidsruimte. Dat neemt niet weg dat Nederland gebonden is aan andere internationale regelgeving, die van invloed kan zijn op een in te voeren draagmoederschapsregeling. De wetgever kan immers niet zonder meer voorbij gaan aan internationaal erkende rechten of te respecteren belangen van een kind of de betrokken draag- en wensouders.

Nederland is lid van de Raad van Europa (RvE), een intergouvernementele organisatie die tracht samenwerking op specifieke deelgebieden, waaronder mensenrechten, te realiseren.¹⁴⁶ De RvE heeft onder meer het EVRM vastgesteld.¹⁴⁷ Leden van de RvE zijn verplicht partij daarvan.¹⁴⁸ Het EHRM houdt toezicht op de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen.¹⁴⁹ Gestelde schendingen van het EVRM kunnen aldaar worden voorgelegd.¹⁵⁰ Uitspraken van het EHRM zijn bindend voor de betrokken partijen.¹⁵¹

Relevant is ook een rapport met adviezen van de RvE ten aanzien van het ouderschap.¹⁵² Als uitgangspunt wordt geadviseerd de geboortemoeder van een kind aan te merken als de moeder.¹⁵³ Daarbij wordt overwogen dat het afstaan van het kind (door een draagmoeder) niet afdoet aan het moederschap op het moment van geboorte van het kind.¹⁵⁴

Verdragsbepalingen die eenieder kunnen verbinden, hebben in Nederland verbindende kracht.¹⁵⁵ Bij de toepassing hiervan wordt, zo nodig, strijdige nationale wetgeving

¹⁴⁴ Koffeman 2016, p. 2.

¹⁴⁵ Koffeman 2016, p. 2-3.

¹⁴⁶ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 31.

¹⁴⁷ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 32.

¹⁴⁸ Nieuwenhuis & Hins 2011, p. 65.

¹⁴⁹ Artikel 19 EVRM.

¹⁵⁰ Artikel 33 EVRM ten aanzien van Statenklachten en artikel 34 EVRM, betreffende de individuele klachtprocedure.

¹⁵¹ Artikel 46 EVRM.

¹⁵² Committee of experts on family law 2006.

¹⁵³ Committee of experts on family law 2006, p. 7.

¹⁵⁴ Committee of experts on family law 2006, p. 8.

¹⁵⁵ Artikel 93 Grondwet.

buiten toepassing wordt gelaten.¹⁵⁶ Artikel 7, eerste lid, IVRK, waarover later meer, is daarvan een voorbeeld.¹⁵⁷

Nederland is partij bij het IVRK, een verdrag van de Verenigde Naties (VN).¹⁵⁸ Dit verdrag is thans in 196 landen geratificeerd¹⁵⁹ en heeft daarmee een hoge internationale status.¹⁶⁰ Het Comité voor de Rechten van het Kind houdt toezicht op de naleving van het IVRK.¹⁶¹ Dit Comité rapporteert tweejaarlijks over zijn werkzaamheden aan de Algemene Vergadering van de VN.¹⁶² Het IVRK speelt geregeld een rol bij de interpretatie van het EVRM door het EHRM.¹⁶³

4.2 Artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM beschermt, onder meer, eenieders familie- en gezinsleven en privéleven.¹⁶⁴ Het begrip familieleven is dynamisch¹⁶⁵ en omvat een ruim arsenaal aan betrekkingen tussen leden van een gezin of familie.¹⁶⁶ Uit het bestaan van familieleven vloeien een aantal rechten voort, waaronder het vestigen van familierechtelijke betrekkingen, verzorging door de ouders, elkaars gezelschap en het verkrijgen van een (geslachts)naam.¹⁶⁷ Slechts een bij wet voorziene en noodzakelijke inmenging op deze rechten door de overheid is toegestaan.¹⁶⁸ Indien familieleven niet kan worden vastgesteld dan kan wel sprake zijn van het minder vergaande privéleven.¹⁶⁹

Het EHRM heeft zich, in het kader van artikel 8 EVRM, al meerdere malen uitgelaten over het belang van afstammingsinformatie. Reeds in 1989¹⁷⁰ werd geoordeeld dat een kind vitaal belang heeft bij informatie over diens kinderjaren en vroege ontwikkeling. Dat betekent geen absoluut recht op die informatie, want bescherming van belangen van derden kan eveneens een rol spelen. Als de mogelijkheid tot inzage van

¹⁵⁶ Artikel 94 Grondwet.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 1992/93, 22855 (R1451), nr. 3, p. 9.

¹⁵⁸ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 1.

¹⁵⁹ https://nl.wikipedia.org/wiki/Verdrag_inzake_de_rechten_van_het_kind, geraadpleegd op 17 april 2017.

¹⁶⁰ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 3.

¹⁶¹ Artikel 43 IVRK.

¹⁶² Artikel 44, vijfde lid, IVRK.

¹⁶³ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 33.

¹⁶⁴ Artikel 8, eerste lid, EVRM.

¹⁶⁵ Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 13.

¹⁶⁶ Zie voor een (niet limitatieve) opsomming bijvoorbeeld Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 13 en 14.

¹⁶⁷ Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 16-18.

¹⁶⁸ Artikel 8, tweede lid, EVRM.

¹⁶⁹ Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 23.

¹⁷⁰ EHRM 7 juli 1989, 10454/83 (Gaskin/Verenigd Koninkrijk).

afstammingsinformatie afhankelijk wordt gesteld van de partij van wie die informatie afkomstig is, dan moet een weigering kunnen worden voorgelegd aan een neutrale instantie.¹⁷¹

Hoewel het recht om de origine te kennen internationaal wordt erkend, betekent dit niet dat de wens van de geboortemoeder om anoniem te blijven kan worden genegeerd.¹⁷² Het Franse wettelijke systeem, dat de anonimiteit van de geboortemoeder waarborgt en voorziet in de inzage in niet-identificeerbare informatie over de geboortemoeder¹⁷³, beoogt een zorgvuldig evenwicht tussen de verschillende belangen. Dit wordt geacht te vallen binnen de beleidsruimte van de lidstaten.¹⁷⁴

Ingeval absoluut en definitief de toegang tot informatie over de geboortefamilie wordt afgewezen, zonder een daaraan voorafgaande belangenafweging,¹⁷⁵, dan wordt die beleidsruimte wel overschreden en is sprake van een schending van artikel 8 EVRM.¹⁷⁶ Het EHRM overweegt overigens dat het belang van het kind bij het achterhalen van de origine niet verdwijnt, maar met de jaren zelfs toe kan nemen.¹⁷⁷

Geboortecomstandigheden vormen een onderdeel van het door het EVRM beschermde recht op privéleven van het kind en de latere volwassene. Dit betekent dat eenieder in staat moet zijn informatie over diens identiteit te achterhalen, hetgeen belangrijk is voor de persoonlijkheidsontwikkeling. Onder die informatie is ook begrepen de identiteit van een ouder.¹⁷⁸

Respect voor het privéleven kan voorts omvatten het recht om relaties met anderen tot stand te brengen.¹⁷⁹ Een vaderschapsactie die tot doel heeft de juridische werkelijkheid van het kind in overeenstemming te brengen met de biologische werkelijkheid, houdt direct verband met het privéleven van het kind.¹⁸⁰

Naast het afstammingsrecht is ook het recht op omgang met een kind relevant ten aanzien van draagmoederschap. Immers zal een (genetische) moeder na de overdracht van het kind wellicht omgang wensen, maar kunnen ook de wensouders daartoe een verzoek indienen, indien de overdracht van het kind niet heeft plaatsgevonden.

¹⁷¹ EHRM 7 juli 1989, 10454/83 (Gaskin/Verenigd Koninkrijk), r.o. 49.

¹⁷² EHRM 13 februari 2003, 42326/98 (Odièvre/Frankrijk), r.o. 44.

¹⁷³ EHRM 13 februari 2003, 42326/98 (Odièvre/Frankrijk), r.o. 48.

¹⁷⁴ EHRM 13 februari 2003, 42326/98 (Odièvre/Frankrijk), r.o. 49.

¹⁷⁵ EHRM 25 september 2012, 33783/09 (Godelli/Italië), r.o. 55.

¹⁷⁶ EHRM 25 september 2012, 33783/09 (Godelli/Italië), r.o. 58 en 59.

¹⁷⁷ EHRM 25 september 2012, 33783/09 (Godelli/Italië), r.o. 56.

¹⁷⁸ EHRM 20 december 2007, 23890/02 (Phinikaridou/Cyprus), r.o. 45.

¹⁷⁹ EHRM 7 februari 2002, 53176/99 (Mikulić/Kroatië) r.o. 53.

¹⁸⁰ EHRM 7 februari 2002, 53176/99 (Mikulić/Kroatië) r.o. 55.

Afwijzing van een verzoek tot omgang van een genetische vader die een relatie wenst met zijn kinderen, zonder de belangen van de kinderen bij contact te toetsen, leidt tot een schending van artikel 8 EVRM.¹⁸¹ Zo er geen sprake is van familielevens, is het EHRM van oordeel dat in ieder geval het privéleven van deze genetische vader in het geding is.¹⁸² Het belang van de kinderen is doorslaggevend bij de vraag of een inmenging daarop gerechtvaardigd is.¹⁸³

Jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van de weigering om buitenlandse geboorteaktes in te schrijven in de registers van de burgerlijke stand, wegens strijd met de openbare orde, mag in dit onderzoek uiteraard niet ontbreken. In twee vergelijkbare zaken tegen Frankrijk, waarin het EHRM gelijktijdig uitspraak deed, was daarvan sprake. Inschrijving werd geweigerd, omdat de wensouders en niet de draagmoeders op de buitenlandse akten stonden vermeld. Aldus het EHRM werd het familieleven daarmee niet geschonden. Daarbij werd relevant geacht dat weigering van de inschrijving van de buitenlandse geboorteakten niet in de weg stond aan gezamenlijke vestiging van de wensgezinnen in Frankrijk, zij daar van hun familielevens hebben kunnen genieten en het risico dat zij uiteen zouden worden gehaald klein was.¹⁸⁴ Wel had de beslissing gevolgen voor het privéleven van de kinderen, die niet de keuze voor het draagmoederschap hebben gemaakt.¹⁸⁵ Daarenboven zijn de wensvaders tevens de genetische vaders van de kinderen. Nu het Franse wettelijke systeem hen niet in de gelegenheid stelt een juridische band te vestigen, is wat dit privéleven betreft wel sprake van een schending van artikel 8 EVRM.¹⁸⁶

De relatie tussen een draagmoeder en de kinderen valt, door de geboorte, binnen de reikwijdte van het in artikel 8 EVRM beschermde familieleven. Deze relatie kan evenwel ophouden te bestaan, indien de draagmoeder vervolgens tekent voor de afstand van de kinderen ter adoptie.¹⁸⁷

¹⁸¹ EHRM 21 december 2010, 20578/07 (Anayo/Duitsland) r.o. 67, 71 en 72.

¹⁸² EHRM 21 december 2010, 20578/07 (Anayo/Duitsland), r.o. 62 en EHRM 15 september 2011, 17080/07 (Schneider/Duitsland), r.o. 90.

¹⁸³ EHRM 21 december 2010, 20578/07 (Anayo/Duitsland) r.o. 65.

¹⁸⁴ EHRM 26 juni 2014, 65192/11 (Mennesson/Frankrijk), r.o. 92, alsook EHRM 26 juni 2014, 65941/11 (Labassee/Frankrijk).

¹⁸⁵ EHRM 26 juni 2014, 65192/11 (Mennesson/Frankrijk), r.o. 99, alsook EHRM 26 juni 2014, 65941/11 (Labassee/Frankrijk).

¹⁸⁶ EHRM 26 juni 2014, 65192/11 (Mennesson/Frankrijk), r.o. 100, alsook EHRM 26 juni 2014, 65941/11 (Labassee/Frankrijk).

¹⁸⁷ EHRM 5 juni 2014, 31021/08 (I.S./Duitsland), r.o. 68.

Het weghalen van een kind na zes maanden gezamenlijke verzorging door de wensouders, omdat draagmoederschap in Italië onrechtmatig wordt geacht, bracht volgens de Grote Kamer van het EHRM, in tegenstelling tot een eerder oordeel van de Kamer¹⁸⁸, geen schending van artikel 8 EVRM met zich mee.¹⁸⁹ Aan dat oordeel ligt mede ten grondslag dat de wensouders niet de genetische ouders van het kind zijn.¹⁹⁰

Het EHRM heeft zich nog niet concreet uitgelaten over de rechterlijke betrokkenheid bij draagmoederschapsconstructies. In recent onderzoek wordt niet uitgesloten dat het EHRM enige rechterlijke toetsing verlangt, althans dat daartoe een mogelijkheid moet bestaan, indien een draagmoeder zich bedenkt. In dat geval zal de draagmoeder in ieder geval moeten worden gehoord en wordt niet uitgesloten dat zij recht heeft op omgang met het kind, indien het bij de wensouders wordt geplaatst.¹⁹¹ Of een rechterlijke toets volstaat bij de totstandkoming van een draagmoederschapsovereenkomst is nog onduidelijk. Wel kan worden vastgesteld dat van alle door artikel 8 EVRM beschermde belangen, aan het belang van het kind het meeste gewicht wordt toegekend.¹⁹²

4.3 Het IVRK¹⁹³

4.3.1 Artikel 3 IVRK

Artikel 3 IVRK schrijft voor dat bij alle maatregelen die kinderen betreffen, hun belangen de eerste overweging moeten vormen.¹⁹⁴ De Staat dient het kind, samengevat, te verzekeren van de vereiste bescherming en zorg.¹⁹⁵ Een dergelijke (verdragsrechtelijke) waarborg is uniek.¹⁹⁶ Uit de verdragstekst blijkt niet dat het belang van het kind doorslaggevend is, maar wel dat het zwaarwegend is en dat uit besluiten zal moeten blijken hoe de belangen zijn afgewogen.¹⁹⁷

De reikwijdte van artikel 3 IVRK is niet eenvoudig vast te stellen, nu het een zeer open norm betreft. Dat deze norm de juridische wetenschap overstijgt, behoeft geen

¹⁸⁸ EHRM Kamer 27 januari 2015, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië).

¹⁸⁹ EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië).

¹⁹⁰ EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië), r.o. 157.

¹⁹¹ Koffeman 2016, p. 42.

¹⁹² Koffeman 2016, p. 44.

¹⁹³ In dit onderzoek wordt geen aandacht besteed aan artikel 35 IVRK, dat kinderhandel bestrijdt, nu dit onderwerp meer aansluit bij het strafrechtelijke kader en daarmee de reikwijdte van dit onderzoek te buiten gaat.

¹⁹⁴ Artikel 3, eerste lid, IVRK.

¹⁹⁵ Artikel 3, tweede lid, IVRK.

¹⁹⁶ Ruitenberg 2003, p. 61.

¹⁹⁷ Janssen 2016, p. 305.

betoog. In de literatuur worden wel maatstaven gegeven voor de invulling ervan¹⁹⁸ en hierin is ook wel betoogd dat het belang van het kind in strijd is met het draagmoederschap¹⁹⁹, omdat de (onnatuurlijke) conceptie van het kind, de draagmoederzwangerschap en de afstand door de geboortemoeder een negatieve invloed op het kind kunnen hebben. Dat neemt niet weg dat het belang van het kind, gelet op artikel 3 IVRK, een grote rol speelt bij te treffen maatregelen na een draagmoederzwangerschap.

4.3.2 Artikel 7 IVRK

Artikel 7 IVRK bepaalt dat een kind na de geboorte wordt ingeschreven en recht heeft op een naam, het verwerven van een nationaliteit en, zo mogelijk, de ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.²⁰⁰ De Staten dienen de verwezenlijking van deze rechten te waarborgen.²⁰¹ Het tweede lid biedt aldus beleidsruimte aan de Verdragspartijen, maar dat neemt de verplichtingen op grond van het eerste lid niet weg en deze kunnen dan ook niet worden genegeerd.²⁰²

Dit artikel is relevant ten aanzien van adoptie en kunstmatige voortplantingstechnieken²⁰³ en dus ook bij draagmoederschapsconstructies. Met name het recht de ouders te kennen is van grote betekenis.²⁰⁴

Dit artikel heeft mede een rol gespeeld in de eerder genoemde Valkenhorst-zaken²⁰⁵ en het lag ten grondslag aan het besluit na draagmoederschap Jeugdzorg te belasten met de voogdij over het kind.²⁰⁶ Ook speelt dit artikel een rol bij het oordeel over de erkenning van in het buitenland opgemaakte geboorteakten.²⁰⁷ Artikel 7 IVRK lag voorts ten grondslag aan de afschaffing in Nederland van het anonieme spermadonorschap.²⁰⁸

¹⁹⁸ Onder andere Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 60.

¹⁹⁹ Quik-Schuijt 2011, p. 2.

²⁰⁰ Artikel 7, eerste lid, IVRK.

²⁰¹ Artikel 7, tweede lid, IVRK.

²⁰² Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 87.

²⁰³ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 86.

²⁰⁴ Ruitenberg 2003, p. 222.

²⁰⁵ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337.

²⁰⁶ Rb. Rotterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0238.

²⁰⁷ Zie onder meer Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197.

²⁰⁸ Quik-Schuijt 2011, p. 2.

4.3.3 Artikel 8 IVRK

Uit artikel 8 IVRK volgt dat een kind recht heeft op behoud van de eigen identiteit, waaronder begrepen de nationaliteit, naam en familiebetrekkingen.²⁰⁹ Het eerste lid geeft geen definitie van het begrip identiteit, maar somt elementen op, wat duidt op een niet-limitatieve opsomming.²¹⁰ Dit artikel is complementair aan artikel 7 IVRK, nu artikel 8 IVRK het behoud van de op grond van artikel 7 IVRK verkregen identiteit beschermt.²¹¹

Artikel 8 IVRK speelt uiteraard een rol bij het draagmoederschap, nu de overdracht van het kind aan wensouders en afstammingsrechtelijke beslissingen gevolgen zullen hebben voor de familiebetrekkingen tussen de draagmoeder en het kind en veelal ook voor de naam van het kind. Dit hoeft evenwel geen strijd op te leveren met artikel 8 IVRK, mits die beslissingen in het belang van het kind geacht worden.²¹²

4.3.4 Artikel 9 IVRK

Artikel 9 IVRK beoogt te voorkomen dat een kind wordt gescheiden van de ouders tegen hun wil, tenzij een rechter, conform het toepasselijke recht, oordeelt dat zulks noodzakelijk is in het belang van het kind.²¹³ Alle betrokkenen dienen alsdan de gelegenheid te krijgen te worden gehoord.²¹⁴ Indien het kind van de ouders wordt gescheiden, dan bestaat in beginsel een recht op omgang tussen hen.²¹⁵

Uitgangspunt is dus dat een kind opgroeit bij de ouders.²¹⁶ Een pasgeborene is niet in staat een wil kenbaar te maken. De in het eerste lid bedoelde wil betreft echter niet alleen de wil van het kind, maar ook die van de ouders.²¹⁷ Zij zullen dus, indien geschillen ter zake na een draagmoederzwangerschap aan de rechter worden voorgelegd, door die rechter moeten worden gehoord en het belang van het kind speelt bij de rechterlijke beslissing een doorslaggevende rol.

²⁰⁹ Artikel 8, eerste lid, IVRK.

²¹⁰ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 93.

²¹¹ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 87.

²¹² Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 94.

²¹³ Artikel 9, eerste lid, IVRK.

²¹⁴ Artikel 9, tweede lid, IVRK.

²¹⁵ Artikel 9, derde lid, IVRK.

²¹⁶ Ruitenberg 2003, p. 103.

²¹⁷ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 97.

4.3.5 Artikel 21 IVRK

Artikel 21 IVRK bepaalt dat het belang van het kind de voornaamste overweging is bij een adoptie en geeft daarvoor richtlijnen.²¹⁸ Aan dit artikel wordt geen rechtstreekse werking toegekend, waardoor de rol veelal beperkt is.²¹⁹

Het belang van het kind als voornaamste overweging bij adoptie reikt verder dan het belang van het kind als eerste overweging, zoals is opgenomen in artikel 3 IVRK.²²⁰ Adoptie mag, kortgezegd, slechts worden toegestaan, indien is voldaan aan alle van toepassing zijnde wetten en procedures, en, indien vereist, nadat alle betrokkenen daarmee hebben ingestemd.²²¹ De tussenzin ‘indien vereist’ impliceert enige beleidsruimte bij de verdragspartijen, maar deze wordt beperkt door enkele overige verdragsbepalingen.²²²

4.3.6 Het Comité voor de Rechten van het Kind

Zoals vermeld houdt dit Comité toezicht op de naleving van het IVRK. In het kader van dit onderzoek is relevant dat het comité ten aanzien van Nederland zorgen heeft geuit over een gebrek aan kennis over het recht van het kind om diens belangen als eerste overweging te nemen bij (rechterlijke) maatregelen.²²³ Voorts dringt het Comité aan op beëindiging van ‘baby-boxes’, waar een baby anoniem kan worden achtergelaten, gelet op het recht op identiteit en het recht van het kind om zijn of haar achtergrond te kennen.²²⁴

4.4 Tussenconclusie

Er wordt internationaal groot belang gehecht aan (toegang tot) informatie omtrent afstamming en geboortecomstandigheden, in het kader van onder meer de identiteitsontwikkeling. De leeftijd van het kind speelt daarbij geen rol. Andere en zwaarder belangen kunnen soms evenwel aan verstrekking van die informatie in de weg staan.

²¹⁸ Artikel 21 IVRK.

²¹⁹ Ruitenberg 2003, p. 139.

²²⁰ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 184.

²²¹ Artikel 21, sub a, IVRK.

²²² Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 185. De beperking vloeit onder meer voort uit de artikelen 7, 9 en 12 IVRK.

²²³ Committee on the Rights of the Child 2015, p. 6.

²²⁴ Committee on the Rights of the Child 2015, p. 7.

Genetisch ouderschap en de totstandkoming van familierechtelijke betrekkingen wordt in ieder geval geschaard onder het door artikel 8 EVRM beschermde privéleven. Het genetisch ouderschap speelt voorts een rol bij de vraag of er ook sprake is van (een schending van) familieleven.

Tussen een draagmoeder en het kind bestaat door de geboorte familieleven. Dit kan worden doorbroken, indien de geboortemoeder vervolgens afstand doet van het kind. Dat neemt niet weg dat er wel recht op omgang kan blijven bestaan.

Of een rechterlijke toets van een draagmoederschapsovereenkomst voorafgaand aan de conceptie volstaat is onduidelijk. Wel lijkt de draagmoeder het recht te hebben te worden gehoord door een rechter, indien zij op haar intenties terugkomt.

Een kind heeft recht op een identiteit, kennis over diens ouder(s) en het behoud van familierechtelijke betrekkingen. Uitgangspunt is dat een kind niet van diens ouders wordt gescheiden. Dat staat evenwel niet in de weg aan adoptie, mits het belang van het kind daarbij de voornaamste overweging is. Het belang van het kind behoort voor het overige een eerste overweging te zijn bij het treffen van maatregelen.

5. Een kritische beschouwing van de afstammingsrechtelijke aanbevelingen van de Staatscommissie

5.1 Inleiding

Voorafgaand aan de bespreking van de aanbevelingen betreffende draagmoederschap, het volgende. Aanbeveling drie van de Staatscommissie luidt: *‘Laat de genetische afstamming tussen ouder en kind en de intentie tot ouderschap een gelijkwaardige grondslag vormen om een persoon verantwoordelijk te houden voor een kind.’*²²⁵ Dit uitgangspunt lijkt (deels) ten grondslag te liggen aan de aanbevelingen betreffende draagmoederschap.

De aanbeveling wankelt door een recente uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM.²²⁶ Die zaak draait om een Italiaans echtpaar dat een kind heeft gekregen via een Russische draagmoeder. Na twee maanden zorg voor het kind in Rusland, vertrok de wensmoeder met het kind naar Italië. Daar zorgden de wensouders zes maanden voor het kind. Daarna is het kind door de autoriteiten bij hen weggehaald en in een geheim adoptiegezin geplaatst, omdat draagmoederschapsconstructies in Italië onrechtmatig worden geacht.²²⁷ De wensouders stelden dat hun recht op familieleven is geschonden, maar de Grote Kamer oordeelde, in tegenstelling tot de Kamer in 2015²²⁸, dat daarvan geen sprake was. Daaraan ligt onder meer ten grondslag het ontbreken van genetische banden tussen de wensouders en het kind.²²⁹ Wel is het privéleven van de wensouders in het geding, nu zij hoopten een relatie met het kind te ontwikkelen.²³⁰ De uithuisplaatsing is evenwel niet disproportioneel geacht, nu de autoriteiten een (belangen)afweging moesten maken tussen het dulden van een onrechtmatige situatie en de openbare orde.²³¹ Hierbij speelde wederom het gebrek aan genetische banden een rol.²³² Die afweging heeft conform artikel 8 EVRM plaatsgevonden en daarom is er geen sprake van een schending.²³³

5.2 Begrijpelijke aanbevelingen

²²⁵ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 10.

²²⁶ EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië).

²²⁷ EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië), p. 3-6.

²²⁸ EHRM Kamer 27 januari 2015, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië).

²²⁹ EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië), r.o. 157.

²³⁰ EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië), r.o. 163-164.

²³¹ EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië), r.o. 215.

²³² EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië) r.o. 211.

²³³ EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië), r.o. 216.

Gelet op de eerdergenoemde gevolgen van het ontbreken van een afstammingsrechtelijke draagmoederschapsgeregeling, is het begrijpelijk dat de Staatscommissie adviseert daarin te voorzien.²³⁴ Dat daarbij de positie van het kind, de wensouders en de draagmoeder moet worden gewaarborgd²³⁵ en dat voorafgaande voorlichting en counseling van wensouders en draagmoeder wenselijk wordt geacht²³⁶ is evident. Immers zijn de gevolgen van draagmoederschap groot en deze moeten voor alle betrokkenen duidelijk zijn.

5.3 Kernaanbevelingen

5.3.1 De draagmoederschapsovereenkomst

De Staatscommissie adviseert vóór conceptie een draagmoederschapsovereenkomst op te stellen en ter goedkeuring voor te leggen aan de rechter, die het belang van het kind toetst, beoordeelt of de draagmoeder goed is voorgelicht en of zij vrijwillig voor het draagmoedertraject heeft gekozen.²³⁷ Voor de huidige juridische zienswijze over de draagmoederschapsovereenkomst wordt verwezen naar § 3.1.

Opgemerkt wordt dat de problematiek rondom de draagmoederschapsovereenkomst met name een rol speelt, indien een betrokkene gedurende het traject terugkomt op de oorspronkelijke intenties. Een aanbeveling over een geschillenregeling ontbreekt.

Of een rechterlijke toets voorafgaand aan de conceptie voor het EHRM zal volstaan, wordt betwijfeld.²³⁸ Het EHRM heeft zich vooralsnog slechts uit hoeven laten over zaken waarin geboortemoeders terugkwamen op hun na de geboorte verleende toestemming voor adoptie.²³⁹ De gevolgen van de doorbreking van de familiebanden tussen de draagmoeder en het kind zijn vergaand, zwaarwegende belangen spelen een rol en er geldt een hoge drempel voor het, tegen de zin van een ouder, verwijderen van een kind uit het (geboorte)gezin.²⁴⁰ Er lijken dus zwaarwegender redenen te moeten zijn om het kind ‘over te dragen’ dan de in de draagmoederschapsovereenkomst vastgelegde intenties van de draagmoeder.²⁴¹

²³⁴ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 16, aanbeveling 48.

²³⁵ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 16, aanbeveling 49.

²³⁶ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 16, aanbeveling 51.

²³⁷ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 16, aanbeveling 50.

²³⁸ Koffeman 2016, p. 40.

²³⁹ Koffeman 2016, p. 41.

²⁴⁰ Koffeman 2016, p. 41.

²⁴¹ Koffeman 2016, p. 41.

De beschreven rol voor de rechter roept eveneens vragen op. Of er sprake is geweest van voorlichting en vrijwilligheid zal, zo nodig onderbouwd met verklaringen van professionele derden dan wel na nader onderzoek, kunnen worden vastgesteld. De toets van het belang van het kind, zeer relevant gelet op artikel 3 IVRK, vormt echter een groot obstakel. Immers dient de overeenkomst voorafgaand aan de conceptie aan de rechter te worden voorgelegd. Onduidelijk is dan wanneer en of conceptie zal slagen en volstrekt ongewis is met welke omstandigheden, geschilpunten, psychische problematiek en dergelijke, partijen mogelijk te maken zullen krijgen. Het lijkt onmogelijk in deze fase het belang van het (eventuele toekomstige) kind in de volle omvang te toetsen.

5.3.2 Akten van aanvaarding

Na de rechterlijke goedkeuring van de draagmoederschapsovereenkomst moet de ABS akten van aanvaarding van het ouderschap kunnen opmaken, waardoor de wensouders vanaf de geboorte de juridische ouders van het kind zijn.²⁴² Deze aanbeveling betekent een breuk met het eeuwenoude '*mater semper certa est*-beginsel'.

Het is de vraag of voor een dergelijke wijziging voldoende politiek draagvlak gecreëerd kan worden, met name onder de meer conservatieve partijen. Het voorstel gaat daarbij in tegen het eerder genoemde advies van de RvE om de geboortemoeder als moeder aan te merken.²⁴³ Indien evenwel voldoende draagvlak bestaat, dan zal de wetgeving daarop relatief eenvoudig kunnen worden aangepast²⁴⁴, hetgeen eveneens geldt voor de akte van aanvaarding.²⁴⁵

²⁴² Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 17, aanbeveling 56.

²⁴³ Committee of experts on family law 2006, p. 7.

²⁴⁴ Aan artikel 1:198, eerste lid, BW kan dan bijvoorbeeld worden toegevoegd dat de moeder van een kind is de vrouw die het ouderschap over dat kind heeft aanvaard. Een dergelijke toevoeging zal alsdan ook kunnen geschieden in artikel 1:199 BW, betreffende het vaderschap.

²⁴⁵ Deze zal als latere vermelding kunnen worden toegevoegd aan de limitatieve opsomming van artikel 1:20 BW, maar deze zal ook moeten worden opgenomen in onder andere het Besluit Registers Burgerlijke Stand.

5.3.3 Waarborging ontstaansgeschiedenis

Terecht merkt de Staatscommissie op dat de draagmoederschapsregeling moet waarborgen dat de ontstaansgeschiedenis van het kind te achterhalen moet zijn.²⁴⁶ In § 4.2 is het belang dat daaraan internationaal wordt gehecht reeds besproken. Dat belang werd door de Hoge Raad eveneens erkend.²⁴⁷ Daarbij moet worden voldaan aan de artikelen 7 en 8 IVRK. De Staatscommissie stelt voor een Register voor informatie over de ontstaansgeschiedenis (ROG) in het leven te roepen, waarin de draagmoederschapsovereenkomst kan worden ingeschreven.²⁴⁸ Het kind kan daar later kennis van nemen.

Vastgesteld moet worden dat dit voorstel slechts ten dele voorziet in de beoogde waarborg. Immers worden de wensouders, in het voorstel van de Staatscommissie, direct na de geboorte, dus zonder latere vermelding, geregistreerd op de geboorteakte. Indien (status)voorlichting uitblijft, dan zal het kind nimmer bekend raken met de beschikbare gegevens in het ROG. Een probleem dat zich overigens eveneens voordoet ten aanzien van het Donorregister. Het geven van statusvoorlichting wordt door de Minister een private zaak geacht en drangmaatregelen ter zake zijn onwenselijk.²⁴⁹ Daarover is in de rechtspraak anders geoordeeld²⁵⁰, maar alvorens een rechter zich hierover uitlaat, zal door een derde een gerechtelijke procedure moeten worden geëntameerd, die ook belang moet hebben bij het geven van die statusvoorlichting.

5.3.4 Het genetisch ouderschap

De Staatscommissie hanteert het uitgangspunt dat minimaal één wensouder ook genetisch ouder van het kind is. In uitzonderlijke gevallen moet daarvan evenwel kunnen worden afgeweken.²⁵¹

Door deze uitzonderingsmogelijkheid zal de grens tussen draagmoederschapsconstructies en adoptie vervagen. Immers wordt ten aanzien van draagmoederschap doorgaans aangenomen dat een wensouder tevens genetisch ouder is.²⁵² Als uitzonderingen worden toegestaan, dan dreigen voorts de (hoge) eisen aan

²⁴⁶ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 17, aanbeveling 52.

²⁴⁷ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337.

²⁴⁸ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 17, aanbeveling 56.

²⁴⁹ *Kamerstukken II* 2015-16, 29963, nr. 16, p. 2.

²⁵⁰ HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452.

²⁵¹ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 17, aanbeveling 53.

²⁵² Onder andere Saarloos en Van Berkel 2008, p. 121, de Richtlijn NVOG 1999, p. 1, waarin bij de definitie van LTD wordt uitgegaan van genetisch verwantschap van één ouder en bij HTD

adoptie te worden omzeild. Daar komt bij dat uit recente EHRM-rechtspraak kan worden opgemaakt dat intentioneel ouderschap niet zonder meer gelijkgesteld kan worden aan genetisch ouderschap.²⁵³

Ten aanzien van uitzonderingen rijzen ook ethische vragen. Waar ligt de grens, kan wel een harde grens worden getrokken en wie beoordeelt dat?

5.3.5 Gewijzigde intenties

De Staatscommissie adviseert de draagmoeder tot zes weken na de geboorte de gelegenheid te bieden de rechter te verzoeken de draagmoederschapsovereenkomst te ontbinden en opgemaakte akten van aanvaarding van het ouderschap door te halen, waardoor zij de juridische moeder van het kind wordt.²⁵⁴ Uit de voorgestelde wettekst blijkt dat de draagmoeder haar verzoek slechts kan gronden op bedreiging, dwaling, bedrog of gewijzigde omstandigheden, waarbij de rechtbank de doorhaling het meest in het belang van het kind moet achten.²⁵⁵ De wensouders kunnen zich slechts terugtrekken op grond van dwaling of bedrog.²⁵⁶

Het is de vraag hoe dit voorstel zich verhoudt tot de waarborg dat een kind niet gescheiden wordt van de ouders tegen hun wil²⁵⁷ en het familieleven dat tussen de geboortemoeder en het kind door de geboorte ontstaat²⁵⁸, zeker indien de draagmoeder direct na de geboorte terugkomt op haar eerdere intenties. Indachtig hetgeen in de derde alinea van § 5.3.1 is benoemd, kan worden betwijfeld of de gegeven grondslagen voor een dergelijk verzoek van een draagmoeder zullen volstaan.

Voorts wordt verwezen naar hetgeen in § 3.1 is opgenomen ten aanzien van de (wederzijdse) onafdwingbaarheid van draagmoederschapsovereenkomsten, hetgeen vermoedelijk gelding zal houden, zeker zolang de akten van aanvaarding van het ouderschap niet zijn opgemaakt.

van genetisch ouderschap van twee ouders. Blijkens het Standpunt NVOG 2016, p. 47 is genetisch ouderschap van minimaal één genetische wensouder bespreekbaar.

²⁵³ EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië).

²⁵⁴ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 17, aanbeveling 57.

²⁵⁵ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 508.

²⁵⁶ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 17, aanbeveling 58.

²⁵⁷ Artikel 9, eerste lid, IVRK.

²⁵⁸ EHRM 5 juni 2014, 31021/08 (I.S./Duitsland), r.o. 68.

5.4 Aanverwante aanbevelingen

Deze aanbevelingen zullen slechts kort worden benoemd, nu dit onderzoek in essentie draait om de daadwerkelijke afstammingsrechtelijke draagmoederschapsregeling.

De (Nederlandse) draagmoederschapsregeling is slechts toepasselijk als de draagmoeder en minimaal één wensouder in Nederland wonen.²⁵⁹ Deze aanbeveling roept vele vragen op, zoals: wordt hieraan een termijn gesteld, hoe te handelen als een betrokkene zich gedurende het traject elders vestigt, is bepalend het moment van toestemming door de rechter of het moment van aanvaarding van ouderschap? Verder wordt geen onderscheid gemaakt tussen gewone verblijfplaats en hoofdverblijfplaats, hetgeen in juridisch Nederland te onderscheiden begrippen zijn.²⁶⁰

Internationaal draagmoederschap dat tot stand is gekomen na een rechterlijke toets en voldoet aan de Nederlandse regeling kan in Nederland worden erkend.²⁶¹ Voorwaarden voor erkenning van elders ontstaan ouderschap moeten in de wet worden vastgelegd.²⁶² De benodigde informatie om dit te kunnen toetsen zal vaak moeilijk te achterhalen zijn.²⁶³

Commercieel draagmoederschap moet voorkomen worden, maar een vergoeding tot € 500,= per maand moet, na rechterlijke goedkeuring, mogelijk zijn.²⁶⁴ Gelet op de impact op de draagmoeder klinkt dit niet onredelijk. Wanneer is echter sprake van kinderhandel, hetgeen op grond van het IVRK moet worden bestreden? Kan deze bijdrage een vrouw met een minimum inkomen over de streep trekken en daarmee haar vrijwilligheid beïnvloeden en hoe verhoudt deze bijdrage zich tot overige altruïstische daden, zoals het vrijwillig afstaan van een nier, waarvoor geen enkele vergoeding mag worden betaald?

5.5 Tussenconclusie

De aanbevelingen van de Staatscommissie roepen vele vragen op en er is slechts beperkt aandacht voor de situatie waarin gedurende of na het draagmoederschapstraject

²⁵⁹ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 17, aanbeveling 54.

²⁶⁰ Zie onder andere Boele-Woelki e.a. 2011, p. 192.

²⁶¹ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 17, aanbeveling 59.

²⁶² Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 18, aanbeveling 60.

²⁶³ Zo is de vraag of de draagmoeder vrijwillig heeft meegewerkt moeilijk te beoordelen, als zij zelf niet in staat is daarover te verklaren en zullen er niet altijd betrouwbare stukken voorhanden zijn over bijvoorbeeld vergoedingen.

²⁶⁴ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 17, aanbeveling 55.

geschillen ontstaan. In het belang van het kind moet met name daarin evenwel worden voorzien.

Aan de draagmoederschapsovereenkomst kleven nationale en internationale bezwaren, door de akte van aanvaarding van het ouderschap, kan de draagmoeder worden ‘weggevaagd’ en of een kind later kennis kan nemen van de ontstaansgeschiedenis, hetgeen een (inter)nationaal erkend belang is, wordt afhankelijk gesteld van de statusvoorlichting die de (wens)ouders al dan niet bereid zijn te geven. Voorts kan de voorgestelde vergoeding leiden tot andere afwegingen ten aanzien van de keuze voor het draagmoederschap en kan een dergelijke vergoeding gevolgen hebben voor overige altruïstische daden waarvoor thans geen vergoeding mag worden gegeven en waarbij commerciële belangen ook geen rol behoren te spelen.

6. Alternatieve aanbevelingen

6.1 Inleiding

In het voorgaande is het huidige afstammingsrechtelijke Nederlandse kader besproken, alsmede de consequenties van het uitblijven van een afstammingsrechtelijke draagmoederschapsregeling. Ook zijn de verdragsrechtelijke kaders geschetst, waaraan een dergelijke regeling zou moeten voldoen. Uit het vorige hoofdstuk blijkt dat de afstammingsrechtelijke aanbevelingen van de Staatscommissie aan die (inter)nationale kaders niet (geheel) voldoen. Indachtig die kaders zullen hieronder alternatieve afstammingsrechtelijke aanbevelingen worden gegeven.

6.2 Enkele grondslagen voor de aanbevelingen

Het ‘*mater semper certa est*-beginsel’ zal worden geëerbiedigd. Daarmee wordt een eeuwenlange traditie in ere gehouden, hetgeen een politiek draagvlak zal vergroten. Het sluit daarnaast aan bij het advies van de RvE²⁶⁵ ter zake en het waarborgt dat het kind kennis kan nemen van de geboorte- en ontstaansgeschiedenis. Immers zal de geboortemoeder steeds op de geboorteakte van het kind worden vermeld²⁶⁶ en middels latere vermeldingen kunnen de wensouders als ouders op die akte worden ‘bijgeschreven’.²⁶⁷

Verder wordt beoogd de wensouders sneller dan thans het geval is gezamenlijk de status van juridisch ouders te laten verkrijgen. Het juridische ouderschap van de wensouders zal evenwel steeds pas na de geboorte van het kind tot stand komen, zodat de geboortemoeder alle daarmee samenhangende emoties heeft beleefd, alvorens er wijzigingen in haar status worden aangebracht. De positie van de geboortemoeder wordt immers, zeker als zij ook genetisch moeder is, in hoge mate beschermd. Dit betekent dat de RvdK steeds betrokken wordt, indien het kind direct na de geboorte aan de wensouders wordt overgedragen.²⁶⁸ Die systeemkennis van de RvdK over het kind kan eventueel bruikbaar zijn, indien een rechter moet oordelen over het belang van het kind. Het familieleven tussen de geboortemoeder en het kind zal in deze visie worden

²⁶⁵ Committee of experts on family law 2006.

²⁶⁶ In die zin zal artikel 1:198, eerste lid, BW geen wijziging behoeven.

²⁶⁷ In de te formuleren aanbeveling zal geen ‘nieuwe’ latere vermelding in het leven worden geroepen, waardoor onder andere artikel 1:20, eerste lid, BW geen aanpassing behoeft.

²⁶⁸ Gelet op de in artikel 1:241, derde lid, BW bedoelde schriftelijke toestemming.

gerespecteerd²⁶⁹, terwijl de genetische ouder(s) met een intentie tot het hebben van een relatie met het kind, van welke intentie bij wensouders in vrijwel alle gevallen van draagmoederschap sprake zal zijn, bescherming genieten op grond van het in artikel 8 EVRM bedoelde privéleven.²⁷⁰

Uit wijzigingen in het juridische ouderschap over het kind vloeit voort de wijziging van het gezag.²⁷¹ Dit voorkomt meerdere procedures omtrent het gezag, dan wel de voogdij over het kind.

In geval van geschillen over het juridisch ouderschap, het gezag of de omgang met één van de betrokkenen, welke niet in onderling overleg kunnen worden beslecht, is een rechterlijk oordeel doorslaggevend. Deze rechter is niet alleen gebonden aan de nationale rechtskaders en de rechtspraak van het EHRM, maar ook aan het IVRK. Daarmee zijn de daar genoemde belangen van de betrokken kinderen in beginsel gewaarborgd.²⁷²

Een onderscheid zal worden gemaakt tussen het HTD en het LTD. De positie van een genetische draagmoeder is nu eenmaal anders dan die van een niet-genetische draagmoeder. Minimaal één van de wensouders dient tevens genetisch ouder van het kind te zijn. Dit stelt een duidelijke begrenzing aan het draagmoederschap. Indien met de gameten van de wensouders geen zwangerschap tot stand kan worden gebracht, dan ligt voor de wensouders de reguliere weg van adoptie open en zullen de wettelijke waarborgen in dat kader in acht moeten worden genomen.

Niet zal worden betoogd dat een (maximale) vergoeding aan de draagmoeder mag worden verstrekt. Hoewel de draagmoeder forse offers moet brengen en een vergoeding daarvoor wellicht redelijk kan worden geacht, moet een dergelijke vergoeding in het veelomvattender verband van altruïstische daden worden beschouwd. Een afweging ter zake is voorbehouden aan de wetgever. Daar komt bij dat afspraken over vergoedingen nauwelijks kunnen worden gehandhaafd en dat van dergelijke vergoedingen, ondanks de huidige strafrechtelijke bepalingen, vermoedelijk al veelvuldig sprake zal zijn.

Hoewel zulks wenselijk wordt geacht, zal een draagmoederschapsovereenkomst in het onderhavige voorstel niet tot wettelijk uitgangspunt worden verheven. De NVOG

²⁶⁹ EHRM 5 juni 2014, 31021/08 (I.S./Duitsland).

²⁷⁰ EHRM 21 december 2010, 20578/07 (Anayo/Duitsland).

²⁷¹ Hiertoe zal de wet enige wijziging behoeven. Waar nodig wordt dit onder de inhoudelijke alternatieve aanbeveling nader toegelicht.

²⁷² In het bijzonder wordt gewezen op de in de artikel 3, 7, 8, 9 en 21 IVRK gewaarborgde belangen van kinderen.

schrijft deze overeenkomst voor en in de meeste gevallen van LTD zal een dergelijke overeenkomst ook worden opgesteld. Het is goed wederzijdse intenties vast te leggen, maar de afdwingbaarheid daarvan is beperkt, zoals is weergegeven in § 3.1 en in § 4.2. In geval van geschillen zal altijd de neutrale en onafhankelijke rechter de belangen van het kind dienen te waarborgen, zonder enige gebondenheid aan afspraken tussen partijen.

6.3 Het ouderschap na HTD

In geval van HTD is de draagmoeder niet de genetische moeder van het kind.

Vooralsnog wordt HTD slechts toegepast, indien de beide wensouders de genetische ouders van het kind zijn.²⁷³ Mogelijk zal hierin in de toekomst verandering komen, nu zowel de NVOG²⁷⁴ als de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport²⁷⁵ HTD met gedoneerde gameten bespreekbaar achten.

Ingeval van HTD wordt voorgesteld dat de draagmoeder en haar eventuele partner met wie zij is gehuwd of met wie zij een geregistreerd partnerschap is aangegaan, het ouderschap tegenover de ABS moeten kunnen ontkennen, mits zij ondersteunende (medische) documenten kan of kunnen overleggen, waaruit blijkt dat zij niet de genetische ouder(s) van het kind is of zijn, terwijl minimaal één wensouder dit wel is. Een dergelijke ontkenning dient te geschieden na de geboorte van het kind, waardoor de draagmoeder de bevalling en alle daarmee gepaard gaande emoties reeds heeft ondervonden. Alsdan zullen de gevolgen van haar oorspronkelijke intenties concreter zijn dan voor de bevalling en de afstand van het kind.

Gelijktijdig met de ontkenning van het moederschap, zullen de wensouders het kind ten overstaan van de ABS moeten erkennen, teneinde een vacuüm van het juridisch ouderschap over het kind te voorkomen. Middels een latere vermelding worden zij als juridische ouders van het kind op de geboorteakte geregistreerd.²⁷⁶ Zij zullen vanaf dat moment van rechtswege met het gezag over het kind zijn belast. De ontkenning van het

²⁷³ Richtlijn NVOG 1999, p. 4.

²⁷⁴ Standpunt NVOG 2016, p. 47.

²⁷⁵ Brief van de Minister van 4 november 2016, 1033060-157272-PG, p. 3.

²⁷⁶ Gelet op het bepaalde in artikel 1:20, eerste lid, BW heeft dit artikel geen herformulering. Ook de artikelen 1:198 en 199 BW behoeven geen aanpassing, nu de erkenning daaronder is opgenomen als optie om juridisch ouder van een kind te worden.

ouderschap en de erkenning door wensouders werken terug tot het moment van geboorte van het kind.²⁷⁷

Indien geschillen ontstaan omtrent het ouderschap of het gezag of indien de ABS redenen heeft te twijfelen aan de verklaringen van betrokkenen dan wel de overgelegde documenten, dan weigert de ABS de ontkenning van het ouderschap en de erkenning door de wensouders. Alsdan ligt het op de weg van de meest gerede partij om een verzoekschriftprocedure te entameren.

6.4 Het ouderschap na LTD

In geval van LTD zal de draagmoeder altijd de genetische moeder van het kind zijn. Die omstandigheid brengt met zich dat een rechterlijk oordeel wordt vereist om haar juridische ouderschap te beëindigen. Een adoptietraject sluit aan bij de huidige wettelijke kaders, maar in geval van draagmoederschap wordt voorgesteld een verkort traject in te voeren.²⁷⁸

Een adoptieverzoek kan reeds voor de geboorte van het kind worden ingediend door de wensouders of de draagmoeder, hetgeen voorkomt dat doorlooptijden bij de rechtspraak leiden tot onwenselijke vertragingen. Een mondelinge behandeling daarvan zal echter pas geschieden na de geboorte van het kind. Ook hier geldt dat de wensmoeder de gevolgen van haar beslissingen dan beter kan overzien dan voorafgaand aan de bevalling en de overdracht van het kind. De draagmoeder zal ten overstaan van de rechter moeten verklaren dat zij instemt met de verzochte adoptie. Dit stelt de rechter in staat tevens haar beweegredenen en vrijwilligheid te toetsen en bij twijfel kan daarnaar nader (deskundigen)onderzoek worden gelast. Voor het overige kan aansluiting worden gezocht bij de huidige adoptiewetgeving, behoudens voor zover die ziet op de samenlevingstermijn van de wensouders,²⁷⁹ de verzorgingstermijn door de wensouders²⁸⁰ en de eis dat de draagouder(s) niet langer is/zijn belast met het gezag.²⁸¹

²⁷⁷ Hiertoe zal een nieuwe wettelijke regeling in het leven geroepen moeten worden. Ontkenning van het ouderschap vereist thans een rechterlijke beschikking tot gegrondverklaring van het verzoek daartoe. Toewijzing van het verzoek heeft wel terugwerkende kracht tot aan de geboorte en daarmee wordt de gezagsrelatie geacht nimmer te hebben bestaan. Een erkenning naar huidig recht heeft geen terugwerkende kracht en brengt van rechtswege geen gezag met zich mee.

²⁷⁸ Gelet op het bepaalde in artikel 1:20, eerste lid onder a, BW behoeft dit artikel geen herformulering. Ook de artikelen 1:198 en 199 BW behoeven geen aanpassing nu adoptie daaronder is opgenomen als optie om juridisch ouder van een kind te worden.

²⁷⁹ Zoals opgenomen in artikel 1:227, tweede lid, BW.

²⁸⁰ Zoals bepaald in artikel 1:228, eerste lid onder f, BW.

Beoogd wordt immers onnodige procedures te voorkomen en in de gezagsoverdracht zal worden voorzien, indien de adoptiebeslissing kracht van gewijsde heeft verkregen.²⁸²

Indien de rechter overtuigd is van de (voortdurende) intenties van alle betrokkenen en voldaan wordt aan alle overige voorwaarden, waaronder het belang van het kind²⁸³, dan ligt het verzoek voor toewijzing gereed.

Ook de draagmoeder wordt aldus expliciet in de gelegenheid gesteld een adoptieverzoek in te dienen, zodat in een directe toegang tot de rechter, in geval van geschillen omtrent de opname in het wensgezin, wordt voorzien. De rechter kan vervolgens de benodigde (ambtshalve) maatregelen treffen die hem of haar in het belang van het kind noodzakelijk voorkomen.

6.5 Ouderschap na draagmoederschap in het buitenland

Indien de draagmoederzwangerschap in het buitenland heeft plaatsgevonden, dan zal de geboorteakte conform huidig recht slechts worden erkend, indien daarop de geboortemoeder ook staat vermeld.²⁸⁴ Is zulks niet het geval, dan staat de verkorte adoptieprocedure open.

Daarbij is relevant dat de draagmoeder vermoedelijk niet ter zitting zal verschijnen om over haar (voortdurende) intenties te verklaren. Ter vervanging van die verklaring kunnen gerechtelijke buitenlandse stukken worden overgelegd, waaruit blijkt van een toets door de buitenlandse rechter met betrekking tot de vrijwilligheid en intrinsieke instemming van de draagmoeder met de overdracht van het kind aan de wensouders.

6.6 Tussenconclusie

Indien de draagmoeder niet tevens genetisch ouder is van het kind, dan moet zij, alsmede haar eventuele partner, en de wensouders de gelegenheid krijgen de beoogde juridische status van het kind buitengerechtelijk tot stand te brengen. Daarbij zijn, in het belang van het kind, enkele waarborgen vereist.

²⁸¹ Zoals bepaald in artikel 1:228, eerste lid onder g, BW.

²⁸² De wet zal in zoverre moeten worden aangepast dat de bestaande gezagsrelatie door het in kracht van gewijsde gaan van de adoptiebeslissing van rechtswege wordt overgedragen.

²⁸³ Zoals geformuleerd in artikel 1:227, derde lid, BW.

²⁸⁴ Het ontbreken van de geboortemoeder op de geboorteakte wordt immers in strijd geacht met de openbare orde, zie onder meer Rb. 's-Gravenhage 23 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:24206, Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197, Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3627 en Rb. Den Haag 18 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:417.

De beoogde juridische status van het kind, waarvan de draagmoeder wel genetisch ouder is, kan slechts worden gerealiseerd middels rechterlijke tussenkomst. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de huidige adoptieprocedure, welke voor deze gevallen dient te worden verkort, hetgeen bijdraagt aan de rechtszekerheid omtrent de status van alle betrokkenen.

7. Conclusies

7.1 Enkele consequenties van het huidige recht

Vastgesteld moet worden dat het door de wetgever gevoerde ontmoedigingsbeleid ten aanzien van draagmoederschap, de daartoe ingevoerde strafrechtelijke bepalingen en het uitblijven van een afstammingsrechtelijke draagmoederschapsregeling enkele ongewenste consequenties met zich meebrengen. Zo zijn de draagouder(s) en wensouder(s) aangewezen op de algemene bepalingen van het Personen- en Familierecht om de beoogde juridische status van het kind te realiseren. Dit is tijdrovend en kostbaar, omdat daarmee doorgaans meerdere gerechtelijke procedures zijn gemoeid en brengt aldus een belasting van de rechtspraak met zich mee.

Voorts beschikt de wensvader over andere mogelijkheden om het juridische ouderschap, alsmede het gezag over het kind, te realiseren dan de wensmoeder, waardoor de wensvader die status veelal eerder bereikt dan de wensmoeder. Ingeval van complicaties tussen de wensouders is niet uitgesloten dat de wensmoeder zelfs nimmer de juridische moeder van het kind zal worden.

De toepasselijke strafrechtelijke bepalingen leggen beperkingen op aan de mogelijkheden van draagmoederschap in Nederland en wensouders kunnen daarom besluiten uit te wijken naar andere landen, waar draagmoederschap (soms tegen betaling) wel is geaccepteerd en gelegaliseerd. Dat brengt het risico van kinderhandel met zich mee, hetgeen op grond van artikel 35 IVRK moet worden voorkomen.

Buitenlands draagmoederschap leidt veelal tot een geboorte elders, waarop het interne recht van dat land toepasselijk is en dat recht zal ook worden toegepast in ter plaatse te entameren (afstammingsrechtelijke) procedures. Buitenlandse (gerechtelijke) beslissingen kunnen evenwel niet altijd in Nederland worden erkend, waardoor wensouders zich in Nederland opnieuw voor een of meer gerechtelijke procedures gesteld kunnen zien.

Doordat de ABS zonder enige vorm van ondersteunend bewijs over kan gaan tot het opmaken van geboorteakten, is het voor wensouders, hoewel strafbaar, relatief eenvoudig het kind, geboren uit de draagmoeder, aan te geven als eigen kind, waardoor zij als de juridische ouders op de geboorteakte worden opgenomen. Daarmee worden voornoemde gerechtelijke procedures voorkomen. Het risico op ontdekking is bovendien klein, indien de intenties van alle betrokkenen ongewijzigd blijven.

Bij voornoemde gevolgen spelen steeds de belangen van het kind een rol. Dat heeft er niet om gevraagd via een draagmoederschapswangerschap ter wereld te komen of veelvuldig onderwerp te zijn van gerechtelijke procedures. Voorts kan het belang van het kind bij status- en afstammingsvoorlichting in het gedrang komen, indien daarover geen openheid van zaken wordt gegeven.

7.2 De aanbevelingen van de Staatscommissie

Dat de belangen van kinderen geboren uit een draagmoeder, alsook die van draag- en wensouder(s), zijn gediend bij het instellen van een wettelijke regeling van afstamming moet worden erkend en de aanbeveling ter zake van de Staatscommissie moet dan ook worden omarmd. Dit geldt evenzeer voor de aanbevelingen ten aanzien van de waarborging van de positie van alle betrokkenen, inclusief uiteraard het kind, counseling en voorlichting.

De aanbevolen draagmoederschapsovereenkomst, die de kern vormt van de afstammingsrechtelijke aanbevelingen, stuit evenwel op nationale en verdragsrechtelijke bezwaren. Uit nationale rechtspraak blijkt dat belangrijke onderdelen daarvan als onafdwingbaar worden beschouwd. Vanuit verdragsrechtelijk oogpunt wordt betwijfeld of een rechterlijke toets van een dergelijke overeenkomst voorafgaand aan de conceptie wel volstaat en lijken er zwaarwegender redenen te moeten bestaan om de overdracht van het juridische ouderschap te rechtvaardigen, dan de vastgelegde afspraken voorafgaand aan de conceptie. Daar komt bij dat aan de rechterlijke macht de vrijwel onmogelijke taak wordt toebedeeld om het belang van het kind te toetsen, nu het kind op dat moment nog niet eens is verwekt en ongewis is wanneer, of en onder welke omstandigheden dat zal gebeuren. Ook de (ten tijde van de rechterlijke toetsing nog onbekende) omstandigheden gedurende de zwangerschap, de bevalling en de periode daarna kunnen relevant zijn voor een goede beoordeling van de belangen van het kind.

De akten van aanvaarding van het ouderschap leiden in de aanbevelingen van de Staatscommissie tot een breuk met het '*mater semper certa est*-beginsel'. Dat druist in tegen een eeuwenlange Nederlandse traditie en het advies van de RvE ter zake het moederschap. Het is de vraag of hiervoor voldoende politiek draagvlak kan worden gecreëerd. Indien zulks het geval is, dan zullen deze (nieuwe) akten en de daaruit voortvloeiende gevolgen relatief eenvoudig in het huidige Nederlandse recht kunnen worden opgenomen. Een daaraan klevend bezwaar is evenwel dat de geboortemoeder

niet langer op de geboorteakte wordt vermeld, waardoor een belangrijke waarborg ten aanzien van het recht op informatie omtrent de ontstaansgeschiedenis komt te vervallen. Hoewel dit geen absoluut recht betreft, wordt het zwaarwegende belang bij deze informatie nationaal en internationaal erkend. Zowel artikel 8 EVRM als de artikelen 7 en 8 IVRK spelen hierbij een rol.

De Staatscommissie stelt in dat kader voor de draagmoederschapsovereenkomst in te schrijven in het nieuw op te richten ROG. Het kind kan van de in het ROG beschikbare informatie op een later moment kennisnemen. Deze aanbeveling is bepaald niet sluitend, nu het kind pas bekend zal raken met de in het ROG beschikbare informatie, als aan hem of haar status- of afstammingsvoorlichting wordt gegeven. Wordt die informatie niet verstrekt dan zal het kind vermoedelijk onwetend blijven. De Minister heeft recent, ten aanzien van dezelfde problematiek met betrekking tot het Donorregister, verklaard statusvoorlichting als een private zaak te beschouwen en een drangmaatregeling onwenselijk te achten. In de rechtspraak is hierover anders geoordeeld, maar de kans dat een rechter zich over deze problematiek uitlaat is klein, nu een derde een verzoek zal moeten indienen, waarbij de status- en afstammingsinformatie een rol van betekenis moeten spelen.

De aanbeveling van de Staatscommissie dat minimaal één wensouder ook genetisch ouder van het kind moet zijn, boet in aan kracht, nu uitzonderingen daarop mogelijk zijn. Onduidelijk is onder welke omstandigheden een dergelijke uitzondering moet worden toegestaan. Daarnaast zal de grens tussen draagmoederschap en adoptie vervagen, terwijl aan adoptie forse wettelijke eisen worden gesteld. Verder kan uit de rechtspraak van het EHRM worden opgemaakt dat genetisch ouderschap niet aan intentioneel ouderschap gelijkgesteld kan worden.

Aldus de Staatscommissie moet de draagmoeder, die terugkomt op haar eerdere intenties, de rechter kunnen verzoeken de draagmoederschapsovereenkomst te ontbinden en de akten van aanvaarding van het ouderschap door te halen. Het is de vraag of de voorgestelde wettelijke grondslagen in dat kader volstaan, gelet op het bepaalde in artikel 9, eerste lid, IVRK en het door artikel 8 EVRM beschermde familie- en gezinsleven en privéleven. Voorts werd eerder al geconcludeerd dat enkel de gemaakte afspraken voorafgaand aan de conceptie mogelijk onvoldoende grondslag vormen voor het EHRM om het juridische ouderschap te wijzigen. Dat de wensouders zich op grond van slechts dwaling en bedrog kunnen ontdoen van hun in de draagmoederschapsovereenkomst opgenomen verplichtingen stuit waarschijnlijk op de

eerder genoemde problematiek ten aanzien van de onafdwingbaarheid van een dergelijke overeenkomst. Dit zal vermoedelijk een rol blijven spelen, zeker in geval nog geen akten van aanvaarding van het ouderschap zijn opgesteld, nu pas daarmee een familierechtelijke betrekking tussen hen en het kind tot stand wordt gebracht.

De door de Staatscommissie voorgestelde financiële tegemoetkoming getuigt ten slotte weliswaar van inzicht in de offers die draagmoeders moeten brengen, maar kan gevolgen hebben voor haar afwegingen om als draagmoeder te fungeren, terwijl vrijwilligheid daarbij als voorwaarde wordt beschouwd. Daarbij komt dat er geen harde grens te trekken is ten aanzien van de vraag vanaf welke vergoeding er sprake is van kinderhandel, hetgeen dus op grond van artikel 35 IVRK voorkomen moet worden. Voorts wordt niet onderbouwd hoe een dergelijke vergoeding zich verhoudt tot overige altruïstische daden, waarvoor op grond van het huidige Nederlandse recht geen enkele vergoeding mag worden betaald.

7.3 De alternatieve aanbevelingen

Nu geconcludeerd wordt dat de afstammingsrechtelijke aanbevelingen van de Staatscommissie niet (geheel) voldoen aan de in de onderzoeksvraag genoemde nationale en verdragsrechtelijke wettelijke kaders wordt een alternatieve afstammingsrechtelijke draagmoederschapsregeling voorgesteld. Daarbij is met name getracht de beoogde juridische status van het kind sneller en eenvoudiger tot stand te brengen dan thans het geval is, waarbij de rechterlijke tussenkomst zoveel mogelijk wordt beperkt, zonder buiten voornoemde wettelijke kaders te treden en waarbij de belangen van alle betrokkenen zoveel mogelijk worden gewaarborgd.

In de situatie waarin de draagmoeder niet de genetische moeder van het kind is, wordt voorgesteld een nieuwe vorm van ontkenning van het ouderschap, onder gelijktijdige erkenning van het kind door de wensouders, in het leven te roepen, die geen rechterlijke tussenkomst vergt, maar een (gezamenlijke) verklaring ten overstaan van de ABS. Door hiervan melding te maken op de geboorteakte van het kind, worden het juridische ouderschap en het gezag over het kind van rechtswege overgedragen van de draagouder(s) aan de wensouder(s).

Indien de draagmoeder wel de genetische moeder is van het kind, dan wordt een rechterlijke tussenkomst altijd noodzakelijk geacht, teneinde een wijziging te realiseren in het juridische ouderschap en daarmee in het gezag. Aanbevolen wordt een verkorte adoptieprocedure in het leven te roepen, die weliswaar aan kan sluiten bij de huidige

wettelijke voorwaarden voor adoptie, maar waarvoor geen wettelijke verzorgings- of samenlevingstermijn wordt vereist en waarbij niet langer de voorwaarde geldt dat de draagouder(s) niet meer met het gezag over het kind is of zijn belast. Door adoptie zal haar of hun gezag van rechtswege worden overgedragen aan de wensouders.

7.4 De eindconclusie

Vastgesteld moet worden dat het draagmoederschap complex is en blijft. Niet alleen door alle nationale en verdragsrechtelijke kaders, maar evenzeer, of misschien wel juist, door de verschillende daarmee gemoeide belangen, intenties, verlangens, gevoelens en toekomstdromen. Aan iedere regeling zullen vermoedelijk (juridische) haken en ogen blijven kleven. Dat neemt niet weg dat het tijd wordt onder ogen te zien dat het draagmoederschap bestaat en dat het belang van alle betrokkenen, die van het kind in het bijzonder, vereist dat in een afstammingsrechtelijke draagmoederschapsregeling wordt voorzien. Met dit onderzoek, dat als inspirerend en horizon verbredend is ervaren, wordt getracht aan de ontwikkeling daarvan een bescheiden bijdrage te leveren.

Geraadpleegde literatuur, jurisprudentie en bronnen



Asser-De Boer 2010

J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Boele-Woelki e.a. 2011

K. Boele-Woelki e.a., *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen* (rapport van het Utrecht Centre for European Research into Family Law in opdracht van het WODC), 2011.

Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2016

M. Bruning, T. Liefwaard & P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrechts en jeugdhulp*, Amsterdam: Reed Business 2016.

Chébtí, FJR 2017/9

M. Chébtí, De verhouding tussen het recht van het kind te weten van wie het afstamt versus het recht op toegang tot de rechter van de biologische vader, *FJR* 2017/9.

Committee of experts on family law 2006

Committee of experts on family law, *Report on principles concerning the establishment and legal consequences on parentage*, 23 oktober 2006, CJ-FA (2006) 4 e.

Committee on the Rights of the Child 2015

Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the fourth periodic report of the Netherlands*, 8 juni 2015, CRC/C/NDL/CO/4.

Forder & Verbeke 2005

C. Forder & A. Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Uitgevers 2005.

Hijma e.a. 2010

Jac. Hijma e.a., *Studiereeks burgerlijk recht. 3. Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Houwelingen, Wildenborg & Van der Mee, *BN De Stem* 25 maart 2017

H. van Houwelingen, F. Wildenborg & T. van der Mee, Wij het deeg, zij het oventje, *BN De Stem* 25 maart 2017, p. 10-11.

Janssen 2016

L. Janssen, *Jeugdrecht begrepen*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Koffeman 2016

N.R. Koffeman, *Beperkingen aan draagmoederschap getoetst aan Europees recht*, (rapportage Universiteit Leiden), 18 maart 2016.

Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005

S. Meuwese, M. Blaak & M. Kaandorp, *Handboek internationaal jeugdrecht. Een toelichting voor rechtspraak en jeugdbeleid op het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en andere internationale regelgeving over de rechtspositie van minderjarigen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2005.

Nieuwenhuis & Hins 2011

A.J. Nieuwenhuis & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Nuytinck, *AA* juni 2016, p. 452-455

A.J.M. Nuytinck, Statusvoorlichting: het geven van informatie over de afstamming van het kind, *AA* juni 2016, p. 452-455.

Quik-Schuijt, *FJR* 2011/102

A.C. Quik-Schuijt, Ethisch verantwoord draagmoederschap, *FJR* 2011/102.

Ruitenbergh 2003

G.C.A.M. Ruitenbergh, *Het Internationaal Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak*, Amsterdam: Uitgeverij SWP, 2003.

Saarloos & Van Berkel, *NIPR* 2008/2

K.J. Saarloos & J.H. van Berkel, From Russia with love: ouderschap na draagmoederschap en de Wet conflictenrecht afstamming, *NIPR* 2008/2.

Schoots, Van Arkel & Dermout, *FJR* 2004/76

M. Schoots, J. van Arkel & S. Dermout, Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?, *FJR* 2004/76.

Staatscommissie Herijking ouderschap 2016

Rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap 'Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw', bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 33836, 18.

Sutorius & Kersten, *NJB* 1997, afl. 25, p. 1116-1120

E.Ph.R. Sutorius & H.L.J.M. Kersten, Het gezag van draagmoeders, *NJB* 1997, afl. 25, p. 1116-1120.

Vlaardingerbroek, *AA* 2003, p. 171-178

P. Vlaardingerbroek, Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie, *AA* 2003, p. 171-178.

Vlaardingerbroek e.a. 2014

P. Vlaardingerbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Vlijmen & Van der Tol, *FJR* 2012/56

S.C.A. van Vlijmen & J.H. van der Tol, Draagmoederschap in opkomst: specifieke wet- en regelgeving noodzakelijk?, *FJR* 2012/56.

Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2015

S.F.M. Wortmann & J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1987/88, 20706, 2.

Kamerstukken II 1990/91, 21968, 3.

Kamerstukken II 1991/92, 21968, 5.

Kamerstukken II 1992/93, 22855 (R1451), 3.

Kamerstukken II 1995/96, 24649, 3.

Kamerstukken II 1996/97, 25000 XVI, 54.

Kamerstukken II 2009/10, 32123 XVI, 30.

Kamerstukken II 2011/12, 33000 VI, 69.

Kamerstukken II 2015-16, 29963, 16.

Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 4 december 2013, met kenmerknummer 455210.

Regeling nr. 512296, houdende instelling van een staatscommissie Herijking ouderschap van 28 april 2014, *Stcrt.* 2014, 12556.

Brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 4 november 2016, met kenmerknummer 1033060-157272-PG.

Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 16 januari 2017, met kenmerknummer 2029486.

Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 31 januari 2017, met kenmerknummer 2020468.

Rechtspraak

EHRM 7 juli 1989, 10454/83 (Gaskin/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 7 februari 2002, 53176/99 (Mikulić/Kroatië).
EHRM 13 februari 2003, 42326/98 (Odièvre/Frankrijk).
EHRM 20 december 2007, 23890/02 (Phinikaridou/Cyprus).
EHRM 21 december 2010, 20578/07 (Anayo/Duitsland).
EHRM 15 september 2011, 17080/07 (Schneider/Duitsland).
EHRM 25 september 2012, 33783/09 (Godelli/Italië).
EHRM 5 juni 2014, 31021/08 (I.S./Duitsland).
EHRM 26 juni 2014, 65192/11 (Mennesson/Frankrijk).
EHRM 26 juni 2014, 65941/11 (Labassee/Frankrijk).
EHRM Kamer 27 januari 2015, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië).
EHRM Grote Kamer 24 januari 2017, 25358/12 (Paradiso en Campanelli/Italië).
HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337.
HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452.
Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AR3391.
Hof 's-Gravenhage 10 februari 2010, ECLI:GHSGR:2010:BL8563.
Hof 's-Gravenhage 1 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO7387.
Rb. Rotterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0238.
Rb. Arnhem 19 mei 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI5039.
Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197.
Rb. 's-Gravenhage 23 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:24206.
Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1309.
Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3627.
Rb. Haarlem 6 november 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:5285.
Rb. Haarlem 19 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BZ6541.
Rb. Den Haag 13 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12313.
Rb. Noord-Nederland 11 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5503.
Rb. Amsterdam 13 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2762.
Rb. Rotterdam 21 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9514.
Rb. Den Haag 18 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:417.
Rb. Noord-Holland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5871.
Rb. Rotterdam 15 september 2016, C/10/502865 FA RK 16-4496 (niet gepubliceerd).

Overige stukken

Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie, *Richtlijn Hoog-technologisch draagmoederschap*, januari 1999.

Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie, *Standpunt 'Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten en gedoneerde embryo's en draagmoederschap'*, juni 2016.

Raad voor de Kinderbescherming, *Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen*, 30 januari 2013.

Begrippen



Biologisch vader

De man uit wiens zaadcellen een zwangerschap is ontstaan, maar die het kind niet noodzakelijkerwijs op natuurlijke wijze heeft verwekt.

Draagmoeder

Dat is op grond van artikel 151b, derde lid, Sr: *De vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen.*

Draagouders

De draagmoeder en haar partner, met wie zij is gehuwd of met wie zij een geregistreerd partnerschap is aangegaan.

Hoog-technologisch draagmoederschap

Een zwangerschap waarbij middels in vitro fertilisatie een embryo tot stand wordt gebracht, dat vervolgens wordt geplaatst in de baarmoeder van de draagmoeder. In Nederland komt een dergelijke zwangerschap thans slechts tot stand met de gameten van de beide wensouders.

Genetisch ouder

De persoon van wie het kind genetisch afstamt.

Juridisch ouder

De persoon die naar Nederlands recht wordt beschouwd als de formele ouder van het kind.

Laag-technologisch draagmoederschap

De zwangerschap van de draagmoeder komt tot stand middels inseminatie van de zaadcellen van de wensvader.

Verwekker

De man die een kind op natuurlijke wijze heeft verwekt.

Wensouders

In het kader van dit onderzoek zijn dit de personen die via een draagmoeder een kind willen krijgen.

Afkortingen



| | |
|------|--|
| ABS | ambtenaar van de burgerlijke stand |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| EHRM | Europees Hof voor de Rechten van de Mens |
| EU | Europese Unie |
| EVRM | Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden |
| HTD | hoog-technologisch draagmoederschap |
| IVF | in vitro fertilisatie |
| IVRK | Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind |
| LTD | laag-technologisch draagmoederschap |
| NVOG | Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie |
| ROG | register voor informatie over de ontstaansgeschiedenis van het kind |
| RvdK | Raad voor de Kinderbescherming |
| RvE | Raad van Europa |
| Sr | Wetboek van Strafrecht |
| VN | Verenigde Naties |